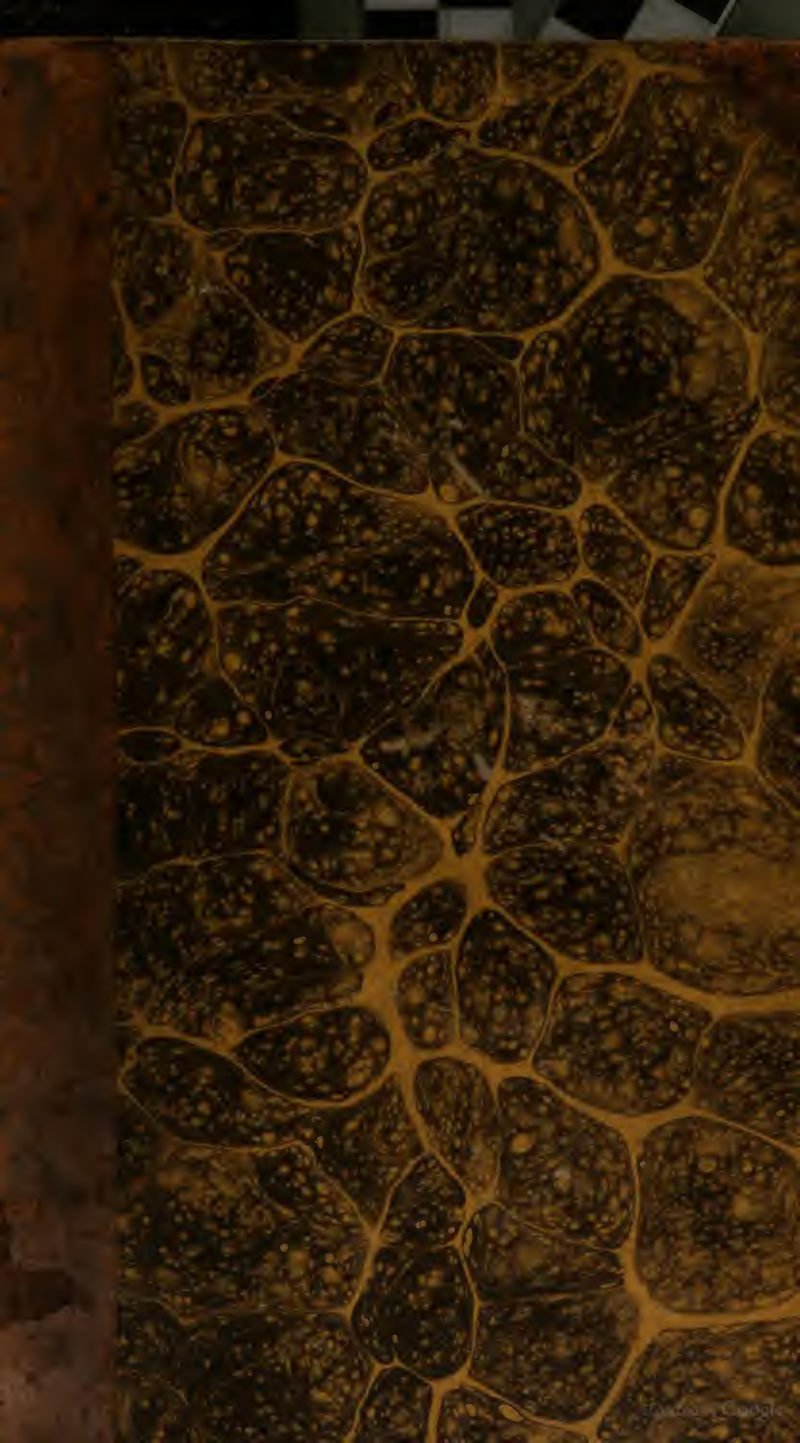




<36617528540012

Handbuch

des

Pandecten-Rechts

in einer

kritischen Revision

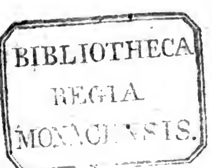
seiner Hauptlehren.

Von

C. C. Dabelow.

Zweyter Theil.

Halle
bey Hemmerde und Schwetschke.
1817.


BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.


Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Mit diesem zweyten Theil der Revision ist alles erschöpft, was der Verfasser in den allgemeinen Lehren des Pandectenrechts zu berichtigen oder wenigstens zu bezweifeln hatte. Es können daher der erste und gegenwärtige zweyte Theil des Buchs gewissermaaßen als ein Ganzes und für sich Bestehendes betrachtet werden, zu welchem Ende sie denn auch mit einem vorläufigen und allgemeinen Register versehen worden sind. Mögen die Notationen der bisherigen Theorie kräftige Gemüther anfeuren, weiter über die Sache nachzudenken, und der Verfasser wird gern ruhig zusehen, wenn sie mit Zerstörung des von ihm Gegebenen etwas Besseres an dessen Stelle setzen.

Man wird bemerken, daß der Verfasser die ihm bisher über den ersten Theil der Revision zur Ansicht gekommenen Ur-

theile nicht unbenutzt gelassen hat. So wird man z. B. in diesem Theil nichts finden, als was er nothwendig mitnehmen mußte, weil er sonst seine Ausstellungen nicht hätte geben können. Es beschäftigt sich dieser Theil der Revision mit den Lehren von Rechtsgeschäften — von Pacten und Transacten, — von der Entschädigung und — vom Eide. In der Lehre von Rechtsgeschäften fand der Verfasser hinsichtlich der gewöhnlichen Vorstellungen von den essentialibus naturalibus und accidentalibus der Rechtsgeschäfte, der Bedingung ihrer Gültigkeit, und der Theorie von dolus, error, vis, metus etc. und von conditio, dies, modus etc. so viel auszustellen, daß er fast das Ganze in neue Untersuchung ziehen mußte. — In der Lehre von Pacten und Transacten (beide nahm er darum zusammen, weil sie auch in Justinians Pandecten zusammen stehen) konnte er sich schon mehr beschränken, weil es da vorzugsweise nur darauf ankam, das Characteristische der Römischen „Pacten- und Transacten"-Lehre, welches ihm noch sehr vernachlässigt zu seyn scheint, auszuheben und darzustellen. Ob er so glücklich gewesen, hier den richtigen Punct zu treffen, will er zwar gern seinen künftigen Beurtheilern überlassen, nur glaubt er von sich sagen zu können, die Theorie weiter gefördert zu haben. Das Eine oder das Andere dürfte er jetzt schon anders geben, wenn

es ihm erlaubt wäre, das Gedruckte nochmals zu überarbeiten. Es ist wohl nicht zu läugnen, daß die dazwischen gekommene juristische Systematik (nämlich die der Römischen Juristen selbst) dem Römischen Recht ungemein geschadet, und den wahren Gesichtspunct nur zu oft verrückt hat. Ihre oft ganz unmögliche Vereinigung mit dem Geiste des Rechts selbst, die nun doch schon darum immer versucht werden muß, weil sie auch in Justinians Compilationen aufgenommen worden ist, führt sehr häufig zu Irrthümern, in welche wir, wenn wir jene unselige Systematik ganz vermeiden könnten, gewiß nicht fallen würden. Und so dürften denn auch des Verfassers hier etwa begangenen Irrthümer Entschuldigung verdienen, besonders wenn erwogen wird, daß er gewiß nicht durchgängig irrte.

In der **Entschädigungslehre** hatten dem Verfasser bereits so viele treffliche Männer vorgearbeitet, daß er sich nur auf ihre Schultern zu stellen brauchte. Er hat die Ansichten und Berichtigungen von **Hasse** meist zum Grunde gelegt, weil sie ihm die richtigsten zu seyn schienen, und darauf die Entwickelung der Lehre und ihre Berichtigung im Innern gebaut. Man hat diese Lehre hier in so weit vollständig, als der Zweck des Buchs die Vollständigkeit überhaupt gestattet. — In der Lehre **vom Eide** fand der Verfasser nur nöthig, den

Eid in so fern in neue Untersuchung zu ziehen, als er ein remedium finiendarum litium ist, wo er sich aber dagegen erlaubt hat, desto mehr abweichende, allenthalben durch die Gesetze (wie er sich wenigstens schmeichelt) unterstützte Ansichten aufzustellen.

Die folgenden Theile dieses Werks werden sich nun mit den speziellen Lehren des Pandectenrechts beschäftigen. So groß auch der Umfang der Materialien hier ist, so hat doch das Publicum um so weniger eine Anhäufung der Bändezahl zu fürchten, als der Verfasser fortdauernd Zweck und Absicht seines Buchs strenge im Auge behalten, und alle unnütze Digressionen vermeiden wird. Hinsichtlich der Classification der Lehren wird sich der Verfasser die Römische Eintheilung in jus personarum, rerum, obligationum und actionum zur Richtschnur dienen lassen. Halle den 1sten Julius 1817.

XIX.

Von Rechtshandlungen oder Rechtsgeschäften überhaupt §. 123. — Materie und Form der Rechtsgeschäfte §. 124. — In wie fern die Form nothwendig zu beobachten, und vom Beweise derselben §. 125. — Ueber die Unterscheidung der essentialia, naturalia und accidentalia bei Rechtsgeschäften §. 126. — Erste Bedingungen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts §. 127. — Absolute und nicht absolute Nullität §. 128.

§. 123.

Alle menschliche Willenserklärungen, welche Rechte und Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben, werden in weiterer Bedeutung des Worts unter der Benennung „Rechtshandlungen — actus juridici — Rechtsgeschäfte — negotia juridica — begriffen, ohne Unterschied, ob sie zum Zweck haben Rechte und Verbindlichkeiten zu wirken, oder die bereits gewirkten zu sichern, zu bestärken, zu verfolgen, oder in Ansehung ihrer sonst etwas zu reguliren, sie abzuändern, auf einen andern zu übertragen, oder wohl gar aufzuheben. In der engern und eigentlichen Bedeutung versteht man unter Rechtsgeschäften, die auf die Begründung von Rechtsverhältnissen abzweckenden Willenserklärungen [a]). Beide Bedeutungen kommen hier in Betracht. Von den Rechtsgeschäften sind in Grundlage des davon gegebenen Begriffs ausgeschlos-

a) Thibaut Pandectenrecht Th. 1. §. 132.

A

sen, 1) alle Handlungen, aus welchen die Gesetze eine affirmative oder negative Willenserklärung folgern; 2) alle Facta, an welche die Gesetze zwar Rechte und Verbindlichkeiten knüpfen, die aber solche nicht schon von selbst hervorbringen, auch nicht zu dem Ende unternommen werden, um Rechte und Verbindlichkeiten zu begründen, sondern von welchen diese bloß eine unmittelbare und gesetzliche Folge sind.

§. 124.

In Verhältnissen des Privatlebens kennt jus gentium bey Rechtsgeschäften nur die Materie, nicht auch die Form; nur in einigen Verhältnissen des öffentlichen Lebens ist demselben auch die Form bekannt. Dem jus civile dagegen muß die Form zugleich um so bekannter seyn, als dasselbe aus so mancherley Gründen nöthig hat, die Rechtsgeschäfte an gewisse Formen zu knüpfen. Nur frägt es sich, was gehört zu der einen und der andern.

Nicht sowohl der Gegenstand eines rechtlichen Geschäfts, der sehr verschieden seyn kann, als vielmehr die Natur und das Wesen desselben, so wie beide sich in seinem Begriffe oder in dem darüber verfügenden Gesetze abspiegeln, gehören zur Materie der Rechtshandlung. Die Art und Weise dagegen, welche zu seiner gültigen Verrichtung vorgeschrieben worden ist, macht die Form aus. Folglich gehören zur Form, 1) die Formeln, in welchen bei Rechtsgeschäften die Erklärung sowohl als Gegenerklärung abgefaßt seyn muß. — 2) Die schriftlichen Aufsätze, Zuziehung obrigkeitlicher oder anderer öffentlicher Personen, Zeugen u. s. f. 3) Was sonst noch über das Verfahren bey der Rechtshandlung gesetzlich bestimmt worden ist, z. B. daß solche, wie bey Testamenten, uno actu oder una serie verrichtet werden sollen.

Weder eigentlich mit der Materie noch mit der Form der Rechtsgeschäfte haben zu schaffen, die gesetzlichen Bestimmungen über die Fähigkeit zu den Rechtshandlungen sowohl überhaupt, als zu einzelnen Arten derselben, wenn sie gleich oft mit hineingezogen werden. Wohl aber gehören zu der Materie der Rechtshandlung die gesetzlichen Bestimmungen darüber, welche Clausuln und Bedingungen einem Rechtsgeschäft hinzugefügt werden dürfen, in welchen Grenzen sich dasselbe halten müsse, wenn es nicht in ein anderes übergehen soll u. s. f.

Was zur Form eines Rechtsgeschäfts gehört, kommt auch oft unter dem Namen Solennität vor. Im Grunde ist aber dieser Ausdruck auf dasjenige zu beschränken, was von dem Förmlichen nicht gerade zur Substantiirung und zum Beweise des Rechtsgeschäfts erforderlich ist, oder sonst die gerade nothwendige Form überschreitet, z. B. die sieben Zeugen bey Testamenten, die unitas actus etc. Für diese Geschäfte paßt auch eigentlich der Ausdruck — feyerliche Handlungen (actus solennes). Man kann in so fern sehr gut innere und äußere Solennitäten unterscheiden (so wie generell äußere und innere Form) als die angeordneten Solennitäten oder Feyerlichkeiten sich auf die Handlung selbst, oder nur auf ihre Umgebung beziehen. Oft indeß fließen die äußeren und inneren Solennitäten so in einander, daß die Scheidung mit großen Schwierigkeiten verbunden ist. Noch schwieriger wird die Scheidung, wenn in die Form auch gesetzliche Bestimmungen über Gegenstände hineingezogen werden, die eigentlich weder zur Materie noch zur Form gehören, z. B. die Verfügungen über die Fähigkeit zu dem Rechtsgeschäft. (In der Testamentslehre hat dieser Umstand manche Verwirrung angerichtet, wie an seinem Ort gezeigt werden soll.) Wo aber dieß geschehen ist, da kommt auch das Wort: Form in einer weiteren und

uneigentlichen Bedeutung vor, und begreift alles in sich, was nach den Gesetzen zur Wirklichkeit und Gültigkeit der Rechtshandlung erfordert wird. Da in den Römischen Gesetzen beide Vorstellungen von der Form eines rechtlichen Geschäfts vorkommen, so thut man am besten, wenn man zwischen Form in weiterer und in engerer und eigentlicher Bedeutung unterscheidet. Die Tafel würde hiernach diese seyn:

I. Form in der weiteren und uneigentlichen Bedeutung.	II. Form in der engeren und eigentlichen Bedeutung, und im Gegensatz der Materie des Rechtsgeschäfts.
1.	1.
Begreift alles in sich, was nach den Gesetzen zur Wirklichkeit und Gültigkeit der Rechtshandlung erfordert wird.	Die Art und Weise, welche für die gültige Verrichtung des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben worden ist.

Bey beiden Bedeutungen kann man unterscheiden

innere — äußere Form,

weiter

Solennität und andere Form.

§. 125.

Die einem Rechtsgeschäfte gesetzlich vorgeschriebene Form muß bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden, und darf der Richter hier nicht nachsehen, wenn auch die Unternehmer des Rechtsgeschäfts noch so viele Entschuldigung verdienen sollten; es sey denn, daß das Gesetz selbst für gewisse Fälle etwas von dem Förmlichen erließe. Man kann hier um so weniger die Unterlassung mit den vielen und überflüssigen Förmlichkeiten entschuldigen, als die Gesetze gerade dabey einen bestimmten Zweck, die größere Gewißheit des

Rechtsgeschäfts, die pünctlichere Vollziehung desselben rc. im Auge hatten.

Es giebt jedoch einen Gemeinplatz in Justinians Pandecten-Compilation *Dig. L, 17, L. 183.* „Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus: tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est," den man oft genug gebraucht hat, um dem Richter die Befugniß zuzugestehen, zwar nicht in Ansehung der innern Form überhaupt, jedoch in Ansehung der Solennitäten nachzusehen, wenn es die höchste Billigkeit verlangen sollte. Bekannt ist die von neueren Rechtslehrern gemachte Unterscheidung, ob die Gesetze für gewisse Fälle Ausnahmen von den sonstigen Solennitäten gestatten, z. B. bey den privilegirten Testamenten, übrigens aber strenge an die vorgeschriebenen Solennitäten verweisen, oder nur ohne alle Ausnahme gewisse Förmlichkeiten vorschreiben. Im erstern Fall dürfe der Richter über die gesetzlichen Ausnahmen hinaus keine anerkennen, wenn auch eben so gute, vielleicht noch stärkere Billigkeitsgründe vorhanden seyn sollten, im letzteren aber könne er sich wohl durch die Billigkeit bestimmen lassen, in Absicht nicht gerade nothwendiger, sondern eigentlich überflüssiger Förmlichkeiten nachzusehen. Allein es ist schon oben bemerkt worden, daß wenn die Gesetze einmal gewisse Förmlichkeiten vorgeschrieben haben, man zwischen nothwendigen und überflüssigen um so weniger unterscheiden kann, als das anscheinend überflüssige von den Gesetzen mit eben der Kraft und Wirkung, sanctionirt worden ist, als das sogenannte nothwendige, und alles darauf hinausläuft, ob die Form in ihrer ganzen Integrität bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden muß, oder nicht. Daß aber, wenn die Gesetze bey einer Rechtshandlung eine Form vorgeschrieben haben, (sey sie auch noch so complicirt) solche bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müsse, wenn diese Strafe auch nicht besonders an-

gedrohet worden ist, fließt schon aus der allgemeinen gesetzlichen Bestimmung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtshandlungen, nach welcher jedes Rechtsgeschäft, das gegen die Vorschrift der Gesetze unternommen worden ist, ungültig ist, wenn auch die Poen der Ungültigkeit nicht besonders angedrohet seyn sollte [b]). — Und wollte man die gesetzliche Disposition auch auf die Materie des Rechtsgschäfts beschränken, so würde es an besondern gesetzlichen Verfügungen in Beziehung auf die Form nicht fehlen. Außer diesen wichtigen Gründen ist zu bedenken, daß der richterlichen Willkühr keine Grenzen gesetzt werden könnten, wenn man sie im Geiste des obengedachten Gemeinplatzes spielen lassen wollte. Ueberdieß ist die große Frage, wie die Stelle, welche aus *Marcellus Digestor.* Lib. III. genommen, und dem Titel de regulis juris einverleibt worden ist, sowohl nach der Absicht ihres Urhebers, als nach der der Compilatoren der Pandecten zu nehmen und zu verstehen ist; ob sie als eine Vorschrift für die Beurtheilung vorliegender Rechtshandlungen, oder als eine solche für die Unternehmung der Rechtshandlungen zu betrachten ist: ferner ob sie bloß gerichtliche Rechtshandlungen, oder Rechtshandlungen überhaupt zum Gegenstande hat. Daß gar nicht die Rede seyn könne von Beurtheilung der Rechtshandlungen, oder von Aufrechthaltung solcher Rechtshandlungen bey welchen etwas an den Solennitäten verabsäumt worden ist, zeigt das Wort „mutandum" deutlich genug. Die Stelle kann vernünftiger Weise nur von Rechtshandlungen die erst unternommen werden sollen, und von der Frage verstanden werden, was dabey an den vorgeschriebenen Solennitäten nicht s o w o h l nachzulassen sey, als w i e sich helfen lasse, wenn solche nicht beobachtet werden können. Natür-

---

b) Siehe §. 127.

lich bezieht sich unsere Stelle bloß auf Verhandlungen vor dem Richter, der nur hier allein helfen kann. Wahrscheinlich war bey dem Verfasser selbst von bloßer Nachsicht in Prozeßförmlichkeiten die Rede, und es ist kein Grund vorhanden, den Compilatoren der Pandecten ein anderes Verstehen der Stelle zu unterlegen. Wie weit aber die Befugniß des Römischen Richters beym Erlaß der Prozeßförmlichkeiten gegangen sey, wissen wir nicht: die Stelle gehört offenbar zu denen, welche entweder wegen Mangel historischer Nachrichten, oder wegen ihrer Unvollständigkeit, unverständlich sind, oder doch erst aus unserem processualischen Recht vervollständiget und näher bestimmt werden müssen.

Sehr gut kann man übrigens den Satz gelten lassen, daß bey einer Rechtshandlung vermuthet werden müsse, die gesetzlich vorgeschriebene Form sey angewendet worden, bis das Gegentheil rechtsbeständig erwiesen worden ist [c]). Der Satz kann indeß nur eigentlich da gelten, wo aus dem schriftlichen Aufsatze über die Rechtshandlung nicht schon selbst zum Theil die Anwendung der Form erhellen muß. Ist dieß der Fall, und sie erhellt nicht daraus, so kann nicht bloß auf ihr Daseyn nicht geschlossen werden, sondern es hilft auch zu nichts, wenn gleich ihr Daseyn bewiesen werden könnte. Denn dieß, daß die Anwendung der Förmlichkeiten aus dem schriftlichen Aufsatze über das Rechtsgeschäft selbst erhellen muß, ist ja schon für sich ein Theil der Form, der eben so wenig als das übrige derselben vernachlässigt werdurfte. Es kommt dabey alles allein darauf an, was die

c) *Dig. XLV*, 1, *L.* 30. „Sciendum est generaliter, si quis se scripserit *fidejussisse*, videri omnia *solenniter* acta, worauf sich der Satz vorzugsweise gründet, redet doch eigentlich nur von dem gewöhnlichen Falle, wo das Daseyn der Förmlichkeiten nicht aus dem schriftlichen Aufsatze zu erhellen braucht.

Gesetze darüber besonders vorgeschrieben haben. Folgende verschiedene Gesichtspuncte dürften in Absicht des obengedachten Satzes zu fassen seyn.

1) Das Gesetz schreibt bey einem Rechtsgeschäfte Förmlichkeiten vor, ohne daß es nöthig ist, die Beobachtung derselben in dem über das Rechtsgeschäft abgefaßten schriftlichen Aufsatze besonders zu bemerken, oder gar das Daseyn dieser Förmlichkeiten noch speciell zu constatiren, z. B. bey Testamenten durch die Unterschrift ꝛc. der Zeugen. In diesem Fall wird das Daseyn der Förmlichkeiten so lange vermuthet, bis das Gegentheil erwiesen ist, und der Erweis des Gegentheils ist um so schwieriger, wenn gar eine öffentliche bey dem Rechtsgeschäfte zugezogene Person bekundet hat, daß alle gesetzliche Formalitäten beobachtet worden.

2) Das Gesetz verordnet, daß auch das Daseyn der Förmlichkeiten aus dem schriftlichen Aufsatze selbst, entweder durch allgemeine Bekundung der dabey zugezogenen öffentlichen Person, oder durch die specielle Constatirung erhellen soll. In diesem Falle hilft es zu nichts, wenn auch wirklich alle Förmlichkeiten beobachtet worden wären, und ihr Daseyn nachgewiesen werden könnte, so fern nicht das Erforderliche aus dem schriftlichen Aufsatze erhellt, weil dieß, daß es daraus erhellen muß, auch zu den Förmlichkeiten gehört, die nicht fehlen dürfen [d]).

---

d) Es ist dagegen keinem Zweifel unterworfen, daß wenn aus dem über die Rechtshandlung aufgenommenen schriftlichen Aufsatze die Beobachtung der Solennitäten erhellt, auch alles was damit zusammenhängt, als beobachtet betrachtet werden muß.

3) Aus der über das Rechtsgeschäft errichteten Urkunde selbst geht der Mangel gesetzlicher Förmlichkeiten hervor, z. B. das Gesetz erfordert drey Zeugen, und es werden in der Urkunde nur zwey aufgeführt. Für diesen Fall muß die Abwesenheit der gesetzlichen Form so lange angenommen werden, bis das Gegentheil, nämlich ihr Daseyn, erwiesen worden ist, weil selbst die Urkunde dawider zeugt.

Aus dem Gesagten ergiebt sich

4) daß bey bloß mündlich abgeschlossenen Rechtsgeschäften das Daseyn der gesetzlichen Förmlichkeiten nur so lange vermuthet werden muß, bis das Gegentheil erwiesen ist.

Es ist behauptet worden, daß ein Rechtsgeschäft, wenn ihm die gesetzliche Form mangelt, null und nichtig sey. Zufällig kann indeß dasselbe erhalten werden durch die Conversion oder Verwandelung in ein anderes Geschäft (conversio act. jurid.), vorausgesetzt 1) daß die Gesetze eine solche Conversion erlauben, und 2) wenigstens die Form vorhanden ist, welche das andere Geschäft, in das die Umwandelung geschehen soll, gesetzlich bedingt. Das Römische Recht kennt nur einen Fall solcher Conversion, nämlich die Verwandelung eines Testaments, dem die nöthigen Förmlichkeiten abgehen, in ein Codicill, vorausgesetzt, daß die Codicillar-Feyerlichkeiten vorhanden sind. In wie fern es der sogenannten Codicillar-Clausul bedürfe, wird an seinem Orte gezeigt werden. Aber von

---

Cod. VIII, 38, c. 14. — Haben sich z. B. bei Testamenten die nöthigen Zeugen unterschrieben, so wird vermuthet, daß sie alle die erforderlichen Eigenschaften gehabt haben, bis das Gegentheil erwiesen ist.

dem einen Falle kann doch keine Anwendung auf andere Fälle gemacht, und angenommen werden, daß überhaupt, wo sich eine Conversion als möglich denken ließe, solche auch angenommen werden müsse. Denn einmal liegt dem gedachten Falle die besondere Testaments-Begünstigung zum Grunde, und zweytens hat er noch außerdem zu viel Eigenthümliches, als daß man die Analogie hier gestatten könnte. Man muß daher annehmen, daß wo die Conversion, die immer als ein privilegium certo negotio datum zu betrachten ist, nicht für einen Fall bestimmt ausgesprochen worden ist, solche auch nicht Statt finden dürfe.

§. 126.

Bey der bekannten Unterscheidung der essentialia, naturalia und accidentalia eines rechtlichen Geschäfts dürfte wohl ein anderer Standpunct als der bisherige ergriffen werden müssen, wenn man es nicht bey höchst allgemeinen, im Grunde nichts sagenden Bestimmungen, die obendrein zum Theil in einander fließen, bewenden lassen will. Dieser Standpunct ist der, daß man das Rechtsgeschäft in seinem sowohl natürlichen als gesetzlichen Wesen, und in seinen gleichfalls sowohl natürlichen als gesetzlichen Folgen und Wirkungen auffaßt, und davon unterscheidet, was noch sonst die Gesetze über gegenseitige Rechte und Pflichten der Interessenten festgesetzt, oder diese selbst unter sich, durch besondere Verabredung, beliebt haben. Gewöhnlich pflegt man den Begriff der essentialia eines Rechtsgeschäfts auf das zu beschränken, ohne welches dasselbe das nicht seyn kann, was es seyn soll, wodurch derselbe offenbar zu sehr beengt wird [c]). Die naturalia erhalten darnach

c) Den hier gerügten Fehler habe ich mir selbst in meinem Handbuche des Privatrechts Th. 1. §. 117. zu Schulden kommen lassen.

offenbar einen sehr großen Umfang, indem sie alles Uebrige in sich begreifen, was man sonst noch bey einem Rechtsgeschäfte entweder nach der Vorschrift der Gesetze oder nach der Natur der Sache antrifft. Nach unserer Darstellung würde zu den essentialibus eines rechtlichen Geschäfts gehören 1) nicht bloß die Materie desselben, sondern auch die Form, vorausgesetzt, daß die letztere so innigst mit der Materie verbunden ist, daß ohne sie das Rechtsgeschäft gar nicht als gültig gedacht werden kann. So z. B. würde bey einem Testamente nicht bloß die Erbeinsetzung, sondern auch die gesetzlich vorgeschriebene Solennität der unitas actus und der sieben Zeugen zu dem Wesentlichen desselben gehören. Wollte man hier die essentialia auf die Materie beschränken, so würde man die Form entweder zu den naturalibus (wozu sie doch offenbar nicht gehört) verweisen, oder ihr einen eigenen Platz geben müssen. Es ist nicht zu läugnen, daß bey einigen Rechtsgeschäften die essentialia beschränkter sind, als bey andern: dieß thut indeß zur Sache nichts, es kommt bloß darauf an, wie sie im Allgemeinen zu bestimmen sind. Weiter 2) gehören zu den essentialibus alle nothwendige Folgen und Wirkungen, welche aus der Materie des Rechtsgeschäfts fließen, mögen sie durch die Natur der Sache, oder durch das Gesetz bestimmt werden, z. B. daß bey der verkauften Sache das Eigenthum auf den Käufer übergeht, daß durch die Ehe eine individua vitae consuetudo, die gegenseitige Verpflichtung zur Treue rc. gewirkt wird. Es lassen sich diese Folgen und Wirkungen von der Materie des Rechtsgeschäfts durchaus nicht trennen, wenn solches nicht als ein nichtssagendes Ding dastehen soll. Etwas anders ist es, wenn z. B. bey der Ehe die Gesetze bestimmen, welche Folgen und Wirkungen die Ehe hinsichtlich des Vermögens der Ehegatten haben soll. Dieß ist ein Gegenstand, der mit der Materie des Rechtsgeschäfts nichts zu

schaffen hat, folglich auch nicht unter die essentialia desselben gebracht werden darf.

Zählen wir also zu den essentialibus eines Rechtsgeschäfts nicht bloß das Materielle desselben und sein Formelles, in so fern es von dem Materiellen unzertrennlich ist, desgleichen die nothwendigen Folgen und Wirkungen des Materiellen, d. h. solche, welche schon aus der Natur des Materiellen, oder aus gesetzlichen Bestimmungen hinsichtlich des Materiellen fließen; so lassen sich nun die naturalia eines rechtlichen Geschäfts sehr leicht bestimmen. Es gehören dahin 1) alle natürlichen Folgen und Wirkungen des Rechtsgeschäfts, die man strenge genommen nicht für Folgen und Wirkungen des Materiellen nehmen kann. So ist z. B. beym Kaufcontract der Uebergang des Eigenthums der erkauften Sache auf den Käufer eine nothwendige Folge des Kaufcontracts, eben so die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Uebergabe der verkauften Sache; — nicht aber die Verpflichtung zur Entschädigung, wenn die verkaufte Sache nicht prästirt werden mag. 2) Müssen auch dahin gerechnet werden alle gesetzliche Folgen und Wirkungen des Rechtsgeschäfts, die man gleichfalls strenge genommen nicht als Folgen und Wirkungen des Materiellen betrachten kann, z. B. beym Kaufcontract die Verpflichtung zur Evictionsleistung; bey der Ehe die Bestimmung über das Vermögen der Ehegatten u. s. f. Bey ein und eben demselben Geschäft kann in dieser Hinsicht nach der einen Gesetzgebung etwas zu dem Wesentlichen des Rechtsgeschäfts gehören, was nach der andern unter dem Natürlichen auftritt. So z. B. gehören die Bestimmungen des kanonischen Rechts über die Unauflöslichkeit des Ehebandes zu den essentialibus; weil die Ehe ein Sakrament ist, wogegen die Verfügungen der Gesetze bey Protestanten über Scheidung — im Ganzen genommen nur zu den natu-

ralibus gezählt werden können. Denn denkt man sich die Ehe als ein bloß bürgerliches, oder von religiösen Ceremonien begleitetes Geschäft, so kann die Frage, ob solches als auflöslich zu betrachten oder nicht, nur zu den naturalibus gehören.

Durch die oben aufgestellten Grundsätze über die essentialia eines rechtlichen Geschäfts, werden nun zwar unstreitig die naturalia auf der einen Seite beschränkter; auf der andern Seite dagegen auch desto bestimmter. Denn man braucht nur nachzusehen, ob eine natürliche oder gesetzliche Bestimmung unzertrennlich mit der Materie des rechtlichen Geschäfts zusammenhängt, oder deutlicher eine nothwendige Folge und Wirkung derselben ist, oder nicht. Im erstern Fall tritt sie allemal unter dem Wesentlichen desselben, im letzteren nur unter seinem Natürlichen auf.

Jetzt ist es etwas leichtes zu bestimmen, was zu den accidentalibus eines rechtlichen Geschäfts gehört. Alles was bey einem rechtlichen Geschäfte als geltend nur aus besonderer Verabredung der Interessenten betrachtet werden kann, gehört zu dem Zufälligen. Dieses Zufällige kann nun im Ganzen so verschieden seyn als die Verabredungen selbst sind. Im Allgemeinen lassen sich folgende verschiedene Arten annehmen. 1) Verabredungen, wodurch das Rechtsgeschäft an eine Bedingung, einen modus, dies oder eine causa gebunden wird. 2) Verabredungen, wodurch besondere Leistungen und Verpflichtungen übernommen werden, die weder in der Natur des Rechtsgeschäfts, noch in der Vorschrift der Gesetze ihren Grund haben. Z. B. pact. de retrovendendo beym Kaufcontract. 3) Verabredungen, welche die naturalia des Rechtsgeschäfts abändern, oder gar aufheben. 4) Verabredungen endlich, wodurch selbst die essentialia des Rechtsgeschäfts gestört werden.

Man liest allgemein die Sätze ausgesprochen: „naturalia negotio semper inesse praesumuntur. Die naturalia eines Rechtsgeschäftes sind ganz von den Interessenten abhängig und können von diesen willkürlich abgeändert werden, nicht aber die essentialia. Die accidentalia werden nie präsumirt, sondern müssen allemal erwiesen werden" *f*). Der erste Satz hat seine vollkommene Richtigkeit, eben so der dritte. Aber der zweyte und mittelere Satz ist noch großen Beschränkungen und näheren Bestimmungen unterworfen.

Vorläufig ist in Absicht des ersten und dritten Satzes noch zu bemerken, daß so stark die Vermuthung für das Daseyn und die Gültigkeit der naturalium ist, eben so stark ist sie gegen das Daseyn der accidentalium. Wenn jene sich allemal von selbst verstehen, und so lange geltend gemacht werden können, bis ihre ausdrückliche Ausschließung nachgewiesen worden ist, so können diese dagegen ohne ausdrückliche Erklärung der Interessenten gar nicht angenommen werden. Hiernächst liegt eine beschränkende Erklärung — nicht aller — aber doch derjenigen accidentalium, wodurch die naturalia des Rechtsgeschäfts abgeändert werden, schon gewissermaaßen in der Natur der Sache, obwohl es sich von selbst versteht, daß diese beschränkende Erklärung nicht so weit ausgedehnt werden darf, daß die Absicht der Interessenten darunter litte *g*). Was hiernächst den dritten oben

f) *Dig. XVIII, 1, L. 77.*

g) Der hier gemachte Unterschied liegt gewissermaßen schon in der Natur der Sache. Werden die naturalia bei einem Rechtsgeschäft immer präsumirt, so muß auch diese Präsumtion selbst für den Fall fortdauern, in welchem die Interessenten sich eine Abänderung erlaubt haben; so weit als diese Abänderung nicht als geschehen deutlich erhellt. Etwas anderes ist es mit den

angeführten Satz betrift, so hat es zwar auf der einen Seite seine Richtigkeit, daß die naturalia des rechtlichen Geschäfts von den Partheyen in so fern abhängig sind, daß sie daran abändern mögen, wie ihnen beliebt, sie auch wohl ganz aufheben; auf der andern Seite hingegen ist es durchaus unwahr, daß die essentialia des Rechtsgeschäfts durch sie gar nicht gestört werden dürften, wir finden bloß in den Gesetzen, daß nichts facto Contraires stipulirt werden dürfe, z. B. daß beym Kaufcontract das Eigenthum überall nicht auf den Käufer übergehen soll. Schon in der erlaubten Stipulation, daß der Uebergang des Eigenthums vor geschehener Auszahlung des Kaufpretiums nicht erfolgen soll, liegt eine Störung der essentialium. Bey einigen Rechtsgeschäften finden wir die Störung der essentialium besonders von den Gesetzen untersagt. Daraus folgt, daß die essentialia eines Rechtsgeschäfts in so fern es bloß der Materie gilt eben so gut von den Interessenten abhängig sind als die naturalia, und daß wenn sie in die essentialia so eingreifen, daß das Rechtsgeschäft dasjenige nicht bleiben kann, was es seinem Namen oder der ursprünglichen Absicht der Interessenten nach seyn soll, dasselbe in ein anderes übergehen müsse. Diese Behauptung versteht sich jedoch immer mit der nothwendigen Beschränkung, wenn nicht mit Aufrechthaltung des rechtlichen Geschäfts seine essentialia zerstört werden können. So z. B. ist es keine Frage, daß das Precarium an eine gewisse Zeitbestimmung gebunden werden kann, alsdann aber in einen Leih-Contract übergeht, aber es läßt das Precarium als solches keine Störung seiner Wesentlichkeiten, des willkürlichen Widerrufs, zu. Das Resultat der Untersuchung ist:

übrigen die naturalia nicht abändernden accidentalibus. Hier steht keine Rechtsvermuthung entgegen, welche die Erklärung derselben beschränken könnte.

auch die essentialia eines Rechtsgeschäfts sind der Störung von Seiten der Interessenten unterworfen, in so fern diese Störung nicht besonders durch die Gesetze untersagt worden ist, und nichts darauf ankommt, ob das Rechtsgeschäft dasjenige bleiben soll, was es nach seiner ursprünglichen Bestimmung ist, oder in ein anderes übergehen soll. Im Allgemeinen läßt sich darüber nichts weiter sagen; bey jedem Geschäft muß aus den nähern gesetzlichen Bestimmungen ermessen werden, wie weit hier gegangen werden kann.

§. 127.

Die ersten Bedingungen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts sind, 1) Fähigkeit der Interessenten, die theils aus allgemeinen Gründen und Bestimmungen, theils aus besonderen dem Rechtsgeschäft eigenen beurtheilt werden muß. Die allgemeinen Gründe und Bestimmungen sind, daß jemand überall einen Willen hat, und diesen erklären kann, und daß er die nöthigen Eigenschaften besitzt, welche zu dem Rechtsgeschäft erfordert werden [h]). — 2) Muß das Rechtsgeschäft kein unerlaubtes und durch die Gesetze verbotenes seyn, und endlich 3) muß weder in dem Materiellen noch Formellen des Rechtsgeschäfts gefehlt worden seyn.

Nicht bloß diejenigen Rechtsgeschäfte, wobey es an der Fähigkeit sie einzugehen mangelt, und wobey in dem Materiellen und Formellen gefehlt worden ist, sind durchaus ungültig, sondern auch diejenigen, welche gegen das Verbot der

h) In beiden spielt theils die Natur der Sache, theils die besondere Vorschrift der Gesetze. Die letztere geht oft genug weiter, als es die Natur der Sache gebietet.

der Gesetze unternommen wurden [i]). Und zwar ist es hier nicht gerade nothwendig, daß das Gesetz erst die Nichtigkeit androht, wenn das Gesetz nur das Rechtsgeschäft untersagt hat.

Die Regel: utile per inutile non debet vitiari [k]), darf durchaus nicht nach einem und demselben Maaßstabe beurtheilt werden. 1) Geht ein Rechtsgeschäft nicht in der Totalität gegen die Vorschrift der Gesetze, sondern enthält nur in dem einen oder dem andern Puncte etwas Gesetzwidriges, so hat die partielle Gesetzwidrigkeit auf das Ganze keinen nachtheiligen Einfluß. Hier läßt sich also

---

i) *Cod. I, 14, const. 5.* Nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus: ut legislatori quod fieri non vult, prohibuisse tantum sufficiat: caeteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere; hoc est, *ut ea quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur;* licet legislator *fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est.*" Die Constitution ist zugleich eine lex correctoria in Anspruch aller älteren Gesetze, welche als Prinzip annehmen, daß eine gesetzwidrige Rechtshandlung nicht anders ungültig sey, als wenn das Gesetz sie geradehin dafür erklärt habe. Wo also irgend dieses Prinzip, sey es in der Pandecten-Compilation oder im Codex selbst sich nur zeigt, muß es dieser gesetzlichen Verfügung untergeordnet werden. Obgleich übrigens das Gesetz nur von Rechtsgeschäften spricht, welche gegen das Verbot der Gesetze unternommen worden sind, so ist es doch keine Frage, daß es wegen des allgemeinen ihm zum Grunde liegenden Prinzips auch auf alle andern Fälle angewendet werden kann, wo die nothwendigen Bedingungen der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts mangeln.

k) *O. 37 de Reg. Jur. in 6to.*

jene Regel ohne alle Beschränkung anwenden. 2) Besteht ein rechtliches Geschäft aus mehreren Theilen, so hat, was in einem Theil hinsichtlich des Materiellen oder Formellen versehen worden ist, in der Regel keinen nachtheiligen Einfluß auf die übrigen Theile, es sey denn, daß die Gesetze das Verfahren in dem Haupttheile auch nachtheilig auf die Nebentheile einwirken ließen. Wenn z. B. bey Testamenten Versehen in dem Haupttheile oder der Erbenseinsetzung, den Nebentheilen, den Vermächtnissen und übrigen Anordnungen schaden, so rührt das theils daher, weil ein Testament ohne gültige und vollendete Erbenseinsetzung überall nicht gedacht werden kann, andern Theils, weil die übrigen Anordnungen außer der Erbenseinsetzung nur als ein Anhang derselben zu betrachten sind; das bloße Zubehör aber von selbst folgen muß, wenn die Hauptsache zu Grunde geht. Ob man von dem Falle keine allgemeine analogische Anwendung machen, und schließen könnte: wo bey rechtlichen Geschäften die eine Disposition als das Prinzipale, die andere nur als das Accessorium erscheint, muß allemal die letztere zu Grunde gehen, wenn die erstere zu Grunde gegangen ist. Ich zweifle, denn bey Testamenten kommt ja der Grund, daß die Erbenseinsetzung die Hauptsache, das Uebrige aber Nebensache ist, nicht als der alleinige, sondern auch dieß kommt in Betracht, daß ohne Erbenseinsetzung, oder ohne gesetzlich gültige Erbenseinsetzung überall kein Testament gedacht werden kann; die übrigen Dispositionen aber nicht allein bestehen können. Unter der Voraussetzung jedoch, daß bey andern Rechtsgeschäften dieselben Verhältnisse eintreten, würde auch das, was von Testamenten gilt, unstreitig analogisch auf sie anzuwenden seyn. — 3) Wenn bey einem rechtlichen Geschäfte das Gültige mit dem Ungültigen in einer solchen unzertrennlichen Verbindung steht, daß es ohne dasselbe überall nicht gedacht werden kann, so muß es auch

nothwendig mit demselben fallen. Dieß ist der Fall bey allen accessorischen Verfügungen, desgleichen mit solchen, welche zwar für sich bestehende Verfügungen sind, aber doch die Gültigkeit der Hauptverfügungen bedingen.

§. 128.

Ungültige Rechtsgeschäfte, mögen sie ungültig seyn, aus welchem der obengedachten Gründe sie wollen, können nie in der Folge gültig werden, wenn auch die Gründe wegfallen sollten, welche ihre Ungültigkeit bewirkten [l]). Wenn daher die Gesetze ein gewisses Rechtsgeschäft verboten hatten, so wird das ihrem Verbote zuwider abgeschlossene Rechtsgeschäft nicht gültig, wenn auch hinterher das gesetzliche Verbot aufgehoben werden sollte. Es ist ganz gleichgültig, ob die Gesetze das Rechtsgeschäft an sich selbst, oder nur seine Abschließung über gewisse Gegenstände, oder in einer gewissen Art untersagt haben [m]). Ein Gleiches ist der Fall, wenn in Hinsicht der Materie oder der Form des Rechtsgeschäfts gefehlt worden ist, es sey denn, daß die neuen Gesetze, welche Abänderungen treffen, mit rückwirkender Kraft namentlich versehen worden wären. Für den Fall der mangelnden

l) *Dig. L*, 17, *L.* 29. Quod ab initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.

m) *Dig. L*, 16, *L.* 83, §. 8. Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam, vel forum aut basilicam aut hominem liberum inutiliter stipulor; quamvis sacra profana fieri, usibus publicis relicta in privatos usus reverti, et ex libero servus fieri potest. Nec revocantur in pristinam obligationem, si rursus lege aliqua et res sacra profana esse coeperit, et Stichus ex libero servus factus sit. Was hier mit besonderer Rücksicht auf die Stipulation gesagt wird, gilt durchgängig in Ansehung aller und jeder Rechtsgeschäfte.

Fähigkeit scheinen indeß Ausnahmen Statt finden zu müssen. Es scheint, daß wenn die Unfähigkeit in dem Mangel des Willens liegt, wenn dieser Mangel hernach gehoben wird, die hinzukommende Genehmigung das ungültige Geschäft gültig machen könne. Eben so, daß wenn die Ungültigkeit in dem Mangel der natürlichen oder gesetzlichen Fähigkeit beruht, durch die hernach hinzukommende Fähigkeit das ungültige Rechtsgeschäft in ein gültiges verwandelt werden müsse. Allein es wird sich weiter unten zeigen, daß wo die hinterher folgende Genehmigung ein ungültiges Rechtsgeschäft erhält, allemal die Fähigkeit seinen Willen erklären zu können vorhanden, und nur die Freiheit des Willens beschränkt seyn muß. Wer daher im wahnsinnigen Zustande ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hat, kann es hernach, wenn er seinen Verstand wieder erhält, nicht durch die bloße Genehmigung zu einem gültigen erheben: allemal muß eine neue Abschließung erfolgen. Eben so wenig als die Genehmigung bey mangelnder Fähigkeit seinen Willen zu erklären, das in der Unfähigkeit abgeschlossene Rechtsgeschäft gültig machen kann, kann es, wenn das Rechtsgeschäft wegen anderer Unfähigkeit ungültig ist, die späterhin hinzutretende Fähigkeit allein, es sey denn, daß die Gesetze für den einen oder den andern Fall eine Ausnahme aus besonderen und politischen Gründen gestatteten.

Aus dem Gesagten entwickelt sich der Unterschied zwischen absoluter Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte, und nicht absoluter [n]). Die absolute Nichtigkeit wird begründet durch den Mangel der oben angegebenen ersten Bedingungen der

n) Der Unterschied zwischen absoluter und nicht absoluter Nichtigkeit der Rechtsgeschäfte hebt alle Anstände, welche sonst nothwendig entstehen müssen, z. B. in Ansehung der Wirkungen der Ratihabition und des Satzes: ratihabitio retrotrahitur ad

Rechtsgeschäfte. Die nicht absolute Nullität hat ihren Grund in andern Umständen, wovon hernach die Rede seyn wird, z. B. in dem Mangel der Freiheit des Willens 2c. Diese letztere kann in der Folge gehoben werden, und zwar mit der Wirkung, daß das Geschäft so betrachtet wird, als wenn es von Anfang an ohne Fehler abgeschlossen worden wäre.

---

ad tempus initii. Ueberall wird durch diesen Unterschied die Theorie von der Nullität erst zu ihrer ganzen Klarheit erhoben.

XX.

Von der Freiheit des Willens bey Rechtsgeschäften und dem Unterschied derselben von der Freiheit, seinen Willen erklären zu können. §. 129. — Theorie von dolus, error, vis, metus etc. §. 130 — 138. — Ueber conditio, dies, modus etc. bey Willenserklärungen §. 139 — 143.

§. 129.

Nicht zu den ersten Bedingungen eines Rechtsgeschäfts kann die Freiheit des Willens gezählt werden, obgleich der gänzliche Mangel derselben das Geschäft eben so ungültig macht, als wenn es an der Fähigkeit, seinen Willen erklären zu können, gebricht, oder man gar keinen vernünftigen Willen hat. Denn die Gesetze erkennen auch Rechtsgeschäfte für gültig an, denen ein absoluter Zwang zum Grunde liegt, z. B. wenn jemand von Seiten des Staats gezwungen wird, demselben seine Sache zu verkaufen. Man kann daher der Freiheit des Willens nur einen untergeordneten Platz anweisen, weshalb sie auch oben nicht unter die ersten Bedingungen der Rechtsgeschäfte gesetzt worden ist.

Es fehlt an der Freyheit des Willens bey Rechtsgeschäften, so oft der Wille auf irgend eine Art befangen ist, möge der Grund dieser Befangenheit in dem Subject selbst, oder in äußeren Umständen liegen. — Man darf mit der Willensfreyheit an und für sich selbst die Freyheit, seinen Willen erklären zu können, nicht verwechseln [a]). An

a) Der Unterschied, den ich hier mache, ist keine Spitzfündigkeit, er liegt vielmehr schon in der Natur der Sache. Der Wille eines Menschen kann auf der einen Seite an sich ganz frey, die Erklärung desselben aber kann höchst beschränkt seyn; auf der andern Seite dagegen kann die Erklärung wieder ganz frey, der Wille selbst aber höchst befangen seyn. Es kommt hinzu, daß der Unterschied von den wichtigsten practischen Folgen und Wirkungen ist, wie sich weiter unten zeigen wird.

dieser Freyheit mangelt es so oft, als die Willenserklärung beschränkt ist, möge nun diese Beschränkung wieder in dem Subjecte selbst, oder in äußeren Umständen liegen.

§. 130.

I. Befangenheit des Willens. Sie entsteht nur auf zwey Wegen, durch den Irrthum (error), und durch heftige Gemüthsbewegung, Leidenschaft, vorausgesetzt, daß die letztere nicht so stark ist, um allen Willen aufzuheben, wo alsdann die Grundsätze eintreten, die oben von den ersten Bedingungen der rechtlichen Geschäfte vorgetragen worden sind.

Um sich eine richtige Ansicht vom Irrthum zu verschaffen, muß man denselben an sich betrachten, und ganz von seinen Bewegungsgründen oder Motiven trennen. An sich ist der Irrthum nichts weiter, als eine falsche Vorstellung (das heißt, wo man etwas für wahr hält, was doch nicht wahr ist, oder sich überhaupt etwas anders denkt, und vorstellt, als es wirklich ist) und mit Hinsicht auf diese falsche Vorstellung sich zu etwas bestimmt. — Sieht man auf die Bewegungsgründe des Irrthums, so können diese sehr verschieden seyn. Der Irrthum kann im Allgemeinen seinen Grund haben in eigener falschen Vorstellung des Subjects, auch in einer von einem andern Subject veranlaßten. Im ersteren Fall beruht der Irrthum entweder auf Unkunde, oder bloß auf Mangel der gehörigen Umsicht, und des Nachdenkens. Damit ist aber auch die Tafel des Irrthums völlig geschlossen, und es kommt jetzt allein darauf an, die einzelnen Arten desselben noch genauer durchzugehen, und ihre Wirkungen zu zeigen.

Eigentlich müßte in dieser Lehre der Umstand, ob der Irrthum einen größeren oder geringeren Einfluß auf die Abschließung des Rechtsgeschäfts gehabt, und ob er nur die zufälligen, oder auch die wesentlichen Stücke desselben betraf,

den Hauptgesichtspunct bey der Beurtheilung abgeben. Das Römische Recht ordnet aber denselben einem andern Umstande, ob nämlich der Irrthum ein von einem andern veranlaßter war, oder in dem irrenden Subjecte selbst seinen Grund hatte, unter, und geht von diesem vorzugsweise aus. Indeß ist bey genauer Prüfung nicht in Abrede zu stellen, daß der erste Umstand doch immer dabey das eigentlich leitende Prinzip bleibt, wenn er gleich modificirt erscheint.

§. 131.

Wenn wir also strenge dem Römischen Recht folgen, so steht der durch einen Andern veranlaßte Irrthum oben an. Es sind hier folgende Fälle denkbar. 1) Der Andere veranlaßt den Irrthum ohne alle Absicht, weil er sich selbst entweder im Irrthum befindet, oder wenn auch das nicht, weil er sich nicht berufen glaubt, mit der ihm beywohnenden Kenntniß hervorzutreten. 2) Er veranlaßt den Irrthum, um sich seine Rechte und Sachen zu erhalten. 3) Der Irrthum wird von dem Andern in der Absicht veranlaßt, damit unerlaubter Nutzen davon gezogen, wenigstens dem Irrenden dadurch geschadet werden soll. Die beyden ersteren Fälle wollen die Gesetze ganz nach den Grundsätzen vom nicht veranlaßten Irrthume beurtheilt wissen; sie verpflichten auch denjenigen, der den Irrthum veranlaßt hat, nicht einmal zum Schadenersatz für den Fall, wo er die ihm beywohnende Kenntniß verschwieg, es sey denn, daß er eine besondere Verpflichtung hatte, damit hervorzugehen. Mag die Verpflichtung durchgängig die Wahrheit zu reden nach dem Sittengesetze noch so groß seyn; die Gesetze erkennen sie wenigstens in so fern nicht an, daß sie mit der Nichterfüllung derselben nachtheilige Folgen und Wirkungen verbänden. Ganz anders verhält es sich dagegen mit dem letzteren Fall. Die hier bey Veranlassung des Irrthums zum Grunde lie-

gende Absicht muß auch in der bürgerlichen Gesellschaft als etwas höchst Pflichtwidriges erscheinen, und wird daher in den Gesetzen selbst mit dem Ausdruck „dolus malus" bezeichnet [b]).

Bey Beurtheilung der Frage, ob ein Betrug vorhanden sey, kommt es allein darauf an 1) daß ein Irrthum bey dem andern veranlaßt worden. 2) Daß diese Veranlassung absichtlich geschehen, und daß 3) der Zweck zum Grunde liege, dabey zu gewinnen, oder doch zu schaden. Sind diese Erfordernisse des Betrugs vorhanden, so ist es gleichgültig, ob der Betrug mit mehr oder weniger Kunst und Verstellung [c]) gespielt worden, ob einer, so zu reden, mit offenen Augen betrogen worden ist, oder nicht. Denn die Gesetze haben hier den Betrüger, nicht den Betrogenen im Auge; die größere oder geringere Nachlässigkeit des letzteren kommt gar nicht in Betracht [d]). Die von Einigen

---

b) Die bekannte Stelle *Dig. IV*, 3, *L.* 1. §. 2. Dolum malum Servius quidem ita definit, machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agitur. Labeo autem posse et simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicut faciunt, qui per ejusmodi simulationem deserviunt et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definit, dolum malum esse *omnem calliditatem*, *fallaciam*, *machinationem ad circumveniendum*, *fallendum*, *decipiendum alterum adhibitam*, drückt dieß alles aus.

c) Nach der not. *b* ausgeschriebenen Stelle scheint es zwar, als wenn das Wesen des Betrugs in besonderen hinterlistigen Streichen gesetzt werden müsse, daß also, wo diese nicht vorhanden sind, auch kein Betrug angenommen werden könne. Allein es ist zu bedenken, daß bey dem gesetzlichen Begriff die Sache so genommen werden müsse, wie sie sich gewöhnlich zuträgt. Die Hauptsache ist hier das „Simulate agere" oder „cum aliud simulatur, aliud agitur," wobey die Kniffe und Ränke, derer man sich bedient, im Hintergrunde erscheinen.

d) Ohne diese Annahme würde ein einfältiger Mensch ungestraft betrogen werden können: es würde sogar bey jedem Falle des

gemachte Unterscheidung zwischen heimlichem und öffentlichem Betruge ist daher eine bloß theoretische e): es kommt bloß darauf an, daß jemand betrogen worden ist, nicht darauf, ob er den Betrug hätte vermeiden können, und mit welchen Umständen und Ueberlistungen derselbe verbunden war. — Die Oeffentlichkeit eines Betrugs kann höchstens nur in so fern in Betrachtung kommen, als bey deren Daseyn angenommen werden kann, es werde nur ein Irrthum vorgespiegelt, der wirklich nicht vorhanden war, weil der Betrug zu grob gespielt worden.

Läßt sich nun wirklich nicht zwischen heimlichem und feinem, und offenbarem, grobem oder öffentlichem Betrug mit Hinsicht auf Rechtsgeschäfte unterscheiden, und kommt ferner nichts auf die größere oder geringere Fahrlässigkeit des Betrogenen an, so bleibt doch allemal so viel ausgemacht, daß was man im gemeinen Leben oft auch Betrug zu nennen

---

Betrugs die Frage zur Sprache kommen müssen, ob der Betrug denn so geschehen, daß ihn der Betrogene nicht merken können.

e) Wenn die Gesetze, wie wir weiter unten sehen werden, keine Rückgängigkeit des Kaufcontracts zu lassen, wenn jemand eine mit offenbaren Fehlern behaftete Sache gekauft hat, so erlauben sie darum noch nicht offen zu betrügen. Es ist ein großer Unterschied, ob jemandem ein lahmes Pferd gerade zu verkauft wird, oder ob der Verkäufer versichert, das Pferd sey nicht eigentlich lahm, sein gegenwärtiger lahmer Zustand sey ein bloß vorübergehender, oder ob er gar das Pferd beim Vorreiten so behandelt, daß der lahme Zustand desselben nicht bemerkt werden kann. Wer eine tombachene Uhr geradehin für eine goldene verkauft, begeht eben so gut einen dolus malus, als derjenige, der den zweifelnden Käufer durch hinterlistige Künste berückt. Ich kann daher Thibaut Pandect. Recht Th. 1. §. 148. nicht beypflichten, welcher der Meinung ist, daß ein offenbarer Betrug auf die Gültigkeit einer Rechtshandlung keinen Einfluß habe, sondern allein der heimliche. Es ist schon oben bemerkt worden, daß das not. b ausgeschriebene Gesetz hier nicht entscheidend seyn kann; an andern bestimmten gesetzlichen Verfügungen aber fehlt es durchaus.

pflegt, in juridischer Hinsicht nicht dafür gelten kann, z. B. wenn jemandem, der ein Pferd kaufen wollte, ein lahmes oder sonst fehlerhaftes Pferd verkauft worden ist. Es kommt allein darauf an, ob der Verkäufer den Irrthum des Käufers geflissentlich veranlaßt hat oder nicht, z. B. ihm versichert hat, das Pferd sey nicht lahm, oder Mittel angewendet hat, daß der eigentliche Zustand der Sache nicht bemerkt werden konnte.

Besondere Schwierigkeiten scheint die Frage, ob dolus vorhanden sey oder nicht, bey solchen Rechtsgeschäften zu haben, die eine Veräußerung in sich begreifen, weil es dem Veräußerer besonders erlaubt worden ist, seine Sache anzupreisen, um Käufer anzulocken, und es das Ansehn hat, als wenn falsche Vorspiegelungen dabey fast nicht ausgeschlossen bleiben könnten *f*). Es mangeln hier die näheren gesetzlichen Bestimmungen ganz, die daher aus dem Geiste und der Absicht der Gesetze nothwendig ergänzt werden müssen.

Es ist wohl keinem Zweifel unterworfen, daß Anpreisungen einer Sache sehr gut denkbar sind, ohne daß es gerade nöthig ist, ihr Eigenschaften beyzulegen, welche sie nicht hat,

---

f) *Dig. IV*, 4, *L.* 16. §. 4. Idem Pomponius ait, in *pretio emtionis* et *venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire.* Klar ist es wohl, daß durch diesen Satz nicht den Interessenten eines Rechtsgeschäfts erlaubt worden, sich gegenseitig so gut es gehen will anzuführen, denn sonst müßte die ganze Lehre vom dolus dahin fallen, sondern daß bloß die Beschwerde über das Zuvielgeben verhütet werden soll. Ohnehin ist ja auch die Querel wegen enormer Läsion bey Uebertreibung der gegebenen Erlaubniß „se circumvenire" eingeführt worden. Indem jemand seine Sache im Allgemeinen anpreist, um dadurch entweder Käufer anzulocken oder einen Käufer festzuhalten, und ihn zu bestimmen, den geforderten Preis zu zahlen, kann man ihm keinen Betrug zur Last legen. Er fängt erst zu betrügen an, wenn er von der Sache besondere Eigenschaften und Vorzüge rühmt, die sie nicht hat.

oder andere Unwahrheiten mit diesen Anpreisungen zu verbinden. Eben so unbezweifelt lassen sich allgemeine Anpreisungen einer Sache von besondern und ins Einzelne gehenden unterscheiden. Wenn die Gesetze die Anpreisungen von Waaren und andern zum Verkauf gestellten Sachen gestatten, so haben sie dabey immer solche Anpreisungen im Sinne, welche, mögen sie allgemeine oder besondere seyn, doch keine falsche Angaben enthalten, die namentlich den Käufer irre führen. Zu solchen falschen Angaben gehört 1) bey beweglichen Sachen, wenn ihnen eine Güte oder Eigenschaft beygelegt wird, welche sie nicht haben. 2) Bey unbeweglichen, wenn von ihnen eine Größe oder ein Ertrag gerühmt wird, welche nicht vorhanden sind g). Man kann hier nicht entgegensetzen, daß der Käufer sich von den gerühmten Qualitäten und Quantitäten erst selbst überzeugen sollen; die Unterlassung dieser Ueberzeugung gehört zu seiner Nachlässigkeit, welche immer gegen den dolus des Andern, wie wir hernach sehen werden, in den Hintergrund tritt. Es kann auch hier nicht in Betrachtung kommen, daß der Verkäufer vielleicht selbst die gerühmten Qualitäten und Quantitäten nicht kannte, sondern sich selbige als wahr dachte. Immer veranlaßt er doch den Irrthum des Andern, und hatte die Absicht, durch seine Angabe zu gewinnen Wer etwas als positiv behauptet, ist immer für die Behauptung verantwortlich.

Wollten wir den dolus auf eine geflissentliche Vorspiegelung von dem Vorspiegler als unwahr bekannten Dingen, zur Berückung des Andern beschränken, so würde sich freylich die Theorie anders machen. Allein die Gesetze wissen von

g) Dahin müssen auch die in Güter-Anschlägen absichtlich, um die Käufer zu induciren, enthaltenen falschen Angaben gerechnet werden. Ob der Käufer sich mit mehrerer oder geringerer Mühe nach der Wahrheit erkundigen können, darf nicht in Betracht gezogen werden. Es kommt allein auf den gespielten Betrug an.

einem solchen beschränkten Begriff des dolus nichts. Ihnen kommt es allein auf das Factum, die Vorspiegelung von unwahren Dingen und die Absicht an, durch diese Vorspiegelung zu gewinnen oder zu schaden. Ob der, welcher vorspiegelte, sie als unwahr kannte oder nicht, ist ihnen völlig gleichgültig, denn wer etwas behauptet, muß das Behauptete vertreten.

Nur allein in pretio emtionis et venditionis ist es bey Handlungsgeschäften den Interessenten erlaubt, sich gegenseitig zu hintergehen. Allein hier ist von keinem wahren Betrug die Rede, sondern bloß vom Mehrfordern als eigentlich die Sache werth ist, und von Erlangung dieser Mehrforderung durch eine Anpreisung der obengedachten Art. Das Mehrfordern muß jeden frey stehen, überall kann er ja den Preis seiner Sachen bestimmen, wie es ihm gefällt, und es ist ja Fahrlässigkeit oder Unwissenheit des Andern, die er sich selbst zurechnen mag, wenn er über den Werth bezahlt. Die Circumvention, welche die Gesetze beym Handel und Wandel nachlassen, muß auch erlaubt seyn in allen übrigen Verhältnissen des bürgerlichen Lebens, wo es darauf ankommt sich Vortheile zu stiften, z. B. beym Miethscontract, Vergleich ꝛc. Man kann sogar gegen denjenigen keinen Betrug geltend machen, der es verstanden hat, einen Nimbus der Erudition und der Fähigkeiten um sich zu verbreiten, und dadurch zu öffentlichen Aemtern und Würden gelangt ist. Es kommt allein darauf an, daß kein eigentlicher Betrug concurrirt.

Das Wesen des dolus besteht hiernach allein in einer hinterlistigen Berückung des Andern durch falsche detaillirte Vorspiegelungen der Bonität und Eigenschaften einer Sache, welche sie nicht hat, oder von Umständen, welche nicht vorhanden sind, oder endlich in einer Berückung des Andern durch andere bestimmte Simulationen, mögen sie durch Worte, Schrift, oder durch That begangen werden. Nur von dem Betruge

durch die That sey es erlaubt, hier ein Beyspiel zu geben. Dem Sempron hat ein von dem Titius gestern gerittenes Pferd gefallen. Er begiebt sich heute zu ihm, um darüber zu handeln. Titius geht in den Handel ein, läßt aber ein anderes ganz ähnliches Pferd vorführen, worüber Sempron in der Meinung, daß es das gestern vom Titius gerittene Pferd sey, den Handel abschließt. Hier ist ein bloß durch die That begangener Betrug vorhanden, der Begriff von Betruge paßt darauf eben so gut als wenn falsche, wörtliche oder schriftliche besondere Vorspiegelungen geschehen wären.

In so fern man den Betrug bey Rechtshandlungen in Betrachtung zieht, läßt sich derselbe der Rechtshandlung sowohl **vorhergehend** als **dazwischen kommend**, endlich auch als noch **folgend** denken. Etwas ganz Falsches und Widersinniges ist die von den Rechtslehrern erfundene Eintheilung des dolus in den dolus personalis s. ex proposito und in dem dolus realis s. ex re [h]). Nur die beyden erste-

---

h) Sie gründet sich bekanntlich auf *Dig. II*, 14, *L. 7*, §. 11, und *Dig. XVI*, 3, *L.* 1. §. *ult.* In der ersten Stelle heißt es „Sive autem ab initio dolo malo pactum factum sit, sive post pactum dolo malo aliquid factum, nocebit exceptio propter haec verba edicti: neque fiat." In der zweyten Stelle wird gesagt „Quia autem dolus dumtaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam vel commodatam distraxit, ignarus depositam vel commodatam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur *de re.* An tamen vel *de pretio* teneatur, quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit." Wie man aus zwey so heterogenen gesetzlichen Bestimmungen über den dolus, die Eintheilung in dolus ex proposito und ex re zusammensetzen können, würde gar nicht zu begreifen seyn, wenn man nicht geglaubt hätte, den von vorne herein beabsichtigten und vorsätzlichen dolus von dem hinzugekommenen unterscheiden zu müssen, und den hinzugekommenen in der letzteren Stelle anzutreffen, in welcher er doch bey genauer Erwägung aller Umstände nicht vorhanden ist. Denn

ren Arten des dolus können auf die Rechtshandlung selbst einen Einfluß haben; die letztere Art kann es nur haben auf die Erfüllung derselben, oder die Leistung des Interesse, wenn die Erfüllung betrüglich unterblieben ist. Denn zum sogenannten dolus ex re kann nur gerechnet werden, wenn statt der verkauften oder sonst überlassenen Sache betrüglich eine andere gegeben, oder solche weggeschafft oder vernichtet worden ist, damit die Vereinbarung nicht zu ihrer Erfüllung gelangen möge. Wollte man eine dieser letztern Betrügereyen durch den Ausdruck „dolus ex re" bezeichnen, so würde man denselben nur von der betrüglichen Ablieferung einer andern Sache gebrauchen können.

§. 132.

Ob der dolus von einem der Theilnehmer des Rechtsgeschäfts, oder von einem Dritten begangen worden ist, scheint um so gleichgültiger bleiben zu müssen, als doch in beyden Fällen betrogen worden ist, und die Gesetze nicht wollen, daß betrogen werden soll. In so fern es sich um die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst handelt, ist auch der Unterschied von gar keinem Einfluß; wohl aber in so fern es der Verbindlichkeit zum Schadenersatze gilt [i]). Nur der Betrüger allein ist zum Ersatz

---

der Erbe wird zur Auslieferung des für die verkaufte Sache erhaltenen Werths nicht etwa deswegen verurtheilt, weil er hernach in Erfahrung gebracht hat, daß dem Erblasser die Sache nicht zugehörte, sondern deshalb, weil er sich den Werth von fremdem Gut nicht zueignen darf, und in dieser Zueignung schon ein dolus liegt, aber nicht ein solcher dolus als bey Rechtshandlungen in Betracht kommt. Eigentlich gehört nur die erste Stelle hieher, welche sowohl von dem bey der Abschließung der Rechtsgeschäfte, als von dem nach deren Abschluß erst begangenen Betrug zu verstehen ist.

i) Die Verbindlichkeit zum Schadenersatze, wovon hier die Rede ist, begreift nicht wie beym unten folgenden dolus incidens

des Schadens verpflichtet, nicht der Theilnehmer des Rechtsgeschäfts, der durch den gespielten Betrug Vortheile erhalten hat, es sey denn, daß er mit dem Betrüger colludirt, und sich dadurch zum Theilnehmer der schändlichen Handlung gemacht hätte. Der unschuldige Theilnehmer des Rechtsgeschäfts kann hinsichtlich seiner Verpflichtungen bloß nach den weiter unten vorkommenden Grundsätzen vom Haupt- und Neben-Betrug beurtheilt werden, nach welchen er, wenn das ganze Geschäft zu Grunde geht, das Empfangene restituiren, sonst aber das noch Fehlende ergänzen muß. Der unschuldige Theilnehmer des Rechtsgeschäfts kann also auf keinen Fall für den Schaden haften, weil er ihn nicht verursacht hat. Es ist keine Frage, daß der dritte Betrüger sogar an die Stelle des unschuldigen Theilnehmers des Rechtsgeschäfts treten, und dieses erfüllen müsse, wenn der unschuldige Theilnehmer insolvent geworden ist, denn der begangene dolus darf dadurch keine Entschuldigung finden, daß doch der Theilnehmer des Rechtsgeschäfts nur eigentlich zu leisten verbunden gewesen wäre [k]), weil er zum Ersatz alles erlittenen Schadens verbindet, und dazu auch die subsidiarische Erfüllung desjenigen gehört, was dem eigentlichen Theilnehmer des Rechtsgeschäfts obliegt.

So

die Ergänzung des zu wenig Gegebenen in sich, sondern allein was der Betrogene außerdem noch, sowohl durch den Haupt- als Neben-Betrug an seinem Vermögen verloren, oder an zu machendem Gewinn eingebüßt hat. Z. B. er ist durch den dolus zu einem Handel verleitet worden, und hat darüber einen andern ihm vortheilhafteren aufgegeben.

k) Arg. *Dig. IV*, 3, *L.* 1. §. 8. *L.* 2, 3, 4 und 5 *eod.* Man vergleiche übrigens mit diesen Grundsätzen Glück Erläuterung der Pandecten §. 296. und Thibaut Versuche über einzelne Theile des positiv. Rechts 2. B. 4. Abtheil. n. *VII.*

So viel nun die Frage über den Einfluß des Betrugs auf das Rechtsgeschäft selbst betrifft, unterscheiden die Rechtsgelehrten zwischen **Hauptbetrug** (dolus causam dans negotio juridico) und **Nebenbetrug** (dolus incidens), eine Eintheilung, die im Allgemeinen sowohl in der Natur der Sache, als in den Gesetzen begründet ist [l]). Eine andere Frage ist es, ob die gewöhnlichen Vorstellungen von beyden Arten des Betrugs richtig sind.

Gewöhnlich nennt man nämlich denjenigen einen **Haupbetrug**, durch welchen das Rechtsgeschäft überhaupt veranlaßt worden ist; denjenigen hingegen einen bloßen **Nebenbetrug**, welcher den Betrogenen nur so zu verfügen veranlaßt hat, als von ihm im vorliegenden Falle verfügt worden ist. Eine bekannte Stelle aus **Cicero** wird vorzugsweise zur Erläuterung dieser beiden Arten des Betrugs benutzt.

Sehen wir auf die Gesetze selbst, so hat es mit der Bestimmung des Hauptbetrugs seine völlige Richtigkeit, der Nebenbetrug dagegen wird allein auf das Aequivalent beschränkt, welches man bey einem Rechtsgeschäfte für die erhaltene Sache gegeben. Indeß kann dieser Umstand um so weniger in Betracht kommen, als die hieher gehörigen Gesetze meist vom Kaufkontract reden, bey welchem die Sache und ihr Werth die Hauptstücke sind.

Man kann annehmen, **jeder** dolus sey ein **Hauptbetrug** zu nennen, durch **welchen** jemand zu **einem rechtlichen Geschäfte nicht sowohl überhaupt** als **zu einem bestimmten rechtlichen Geschäfte disponirt wor-**

---

l) *Dig. IV*, 3, *L.* 7. *Dig. XIX*, 1, *L.* 13. §. 4. Nur die Benennungen kommen nicht so in den Gesetzen vor. Es ist auch keinem Zweifel unterworfen, daß die Terminologie „dolus incidens" nicht ganz passend ist.

den ist, welches er ohne die falschen Vorspiegelungen, die der dolus in sich begreift, gewiß nicht eingegangen seyn würde. Ueber diese Gewißheit muß aber alles im Klaren seyn; ohne das würde der Betrug nur als ein noch mehr reizender oder anlockender zu betrachten seyn, der nach den Gesetzen darum nicht in Betrachtung kommen darf, weil sich sein Einfluß auf das Rechtsgeschäft nicht bestimmen läßt m). Es kommt hier indeß gar Vieles auf die Umstände an, und muß der Scharfblick des Richters dabey das Beste thun. Der Hauptgesichtspunct wird hier seyn müssen, ob der Betrogene, noch eher als der Betrug gespielt wurde, sich schon in das Rechtsgeschäft eingelassen hatte, oder ob dasselbe von dem gespielten Betruge erst recht eigentlich ausging. Nur im letzteren Falle ist der Hauptbetrug vorhanden, von welchem hier eigentlich die Rede ist. Derselbe ist jedoch auch alsdann anzunehmen, wenn der Betrogene wieder von dem Rechtsgeschäfte abgestanden hatte, und durch die falschen Vorspiegelungen bestimmt wird, von Neuem darauf einzugehen. So muß es auch als Hauptbetrug unstreitig betrachtet werden, wenn der Betrogene zwar schon große Lust zu dem Rechtsgeschäft bezeigte, aber die Handlung noch nicht begonnen hatte, und er jetzt durch den Betrug gereizt wird,

---

m) Ich glaube weder der dolus, durch welchen jemand bestimmt wurde, überhaupt in ein rechtliches Geschäft einer gewissen Art einzugehen, noch derjenige, durch welchen jemand zu einem bestimmten Rechtsgeschäfte, zu welchem er sich schon ohnehin entschlossen hatte, angelockt wurde, können in Betracht kommen; der erstere darum nicht, weil nicht eigentlich juristisch dadurch betrogen wurde, der letztere deshalb nicht, weil auch ohne den gespielten Betrug das Geschäft zu Stande gekommen seyn würde, oder es doch zweifelhaft bleibt, ob es nicht auch ohne dem sich gemacht hätte, und in solchen zweifelhaften Fällen immer eher für die Aufrechthaltung des Rechtsgeschäftes, als dawider gesprochen werden muß.

sie zu beginnen, und sich förmlich in das Geschäft einzulassen.

Ein Hauptbetrug läßt sich bey allen rechtlichen Geschäften denken; ein Nebenbetrug dagegen nur bey solchen, bey welchen von Leistungen und Gegenleistungen die Rede ist. Denn dieser Betrug begreift ja bloß die Gegenleistung und zwar in so fern, als der Theilnehmer des rechtlichen Geschäfts, dem die Gegenleistung oblag, durch den Betrug zu einer Gegenleistung bestimmt worden ist, zu welcher er sich ohne denselben, weder in der Quantität noch Qualität verstanden haben würde. Ich bemerke noch, daß ich unter der Gegenleistung hier nicht bloß die zu prästirende Summe oder Sache, sondern auch alles Uebrige begreife, wozu sich der Betrogene nur irgend verpflichten konnte n). Hat sich jemand bey einem Kauf- oder Tausch-Contract durch die unwahren Vorspiegelungen des andern Interessenten oder eines Dritten bestimmen lassen, einen höhern Preis für die Sache zu geben, oder eine Sache von höherem Werthe als er sonst gegeben haben würde, so ist für solche Fälle ein dolus incidens vorhanden. Eben derselbe ist anzunehmen, wenn der Hintergangene außerdem noch Verpflichtungen übernommen hat, welchen er sich, ohne den ihm gespielten Betrug, nicht unterworfen haben würde.

Es ist behauptet worden, daß nur bey solchen Geschäften, die eine Leistung und Gegenleistung enthalten, von einem Nebenbetruge die Rede seyn könne. Zwar scheint der Nebenbetrug auch bey andern Geschäften vorkommen zu können, in so fern es nämlich nicht der Haupthandlung des Ge-

n) Dahin würde denn auch unstreitig gehören, wenn der Betrogene mit Hinsicht auf den ihm vorgespiegelten Werth der Sache dem Mittheilnehmer des Rechtsgeschäfts besondere Vortheile an seinem Vermögen eingeräumt hätte.

schäfts, sondern einer bloßen Nebenhandlung gilt. Aber alsdann ist der Betrug doch nur immer scheinbar ein Nebenbetrug: juristisch die Sache genommen bleibt er allemal ein Hauptbetrug, in so fern er nicht etwa eine Gegenleistung zum Gegenstande hat, die bey der Nebenhandlung vorkommt. Denn der Nebenbetrug darf ja nicht eben auf eine Nebenhandlung bezogen werden, er ist allein auf die Gegenleistung zu beziehen, möge sich solche nun bey der Haupthandlung oder bey der Nebenhandlung finden. Denken wir uns z. B. ein Verlöbniß, bey welchem zugleich die künftigen Vermögensrechte unter den Ehegatten regulirt werden. In Ansehung des Verlöbnisses selbst soll alles seine Richtigkeit haben. Aber hinsichtlich des Brautschatzes wird der Bräutigam durch eine falsche Vorspiegelung des Vermögens der Braut zu einer Eheberedung bestimmt, in welche er sich sonst gar nicht eingelassen haben würde, oder doch nicht so verfügt als von ihm verfügt worden ist. Die Ehepacten sind hier als eine bloße Nebenhandlung bey dem Verlöbniß zu betrachten, aber man würde sehr irren, wenn man den dabey gespielten Betrug auch nur geradehin einen Nebenbetrug nennen wollte. Er ist vielmehr nach der Verschiedenheit des Gesichtspuncts, unter welchem er aufgefaßt werden muß, theils als Haupt- theils als Neben-Betrug zu betrachten. In so fern nämlich der Bräutigam durch den gespielten Betrug überall zu Eingehung der Ehepacten bestimmt wurde, kommt er als Hauptbetrug, in so fern aber derselbe nur determinirt wurde, so zu verfügen, als er verfügt hat, wie Nebenbetrug in Betracht.

Nach den aufgestellten Grundsätzen kann der Betrug nicht bloß das Geschäft im Ganzen, sondern auch einzelne Theile desselben, und die sich an das Hauptgeschäft anknüpfenden Nebengeschäfte betreffen, und hier sowohl dolus causam dans negotio als incidens seyn. Man darf daher nie

bey der Beurtheilung der Frage über die Wirkungen des Betrugs bey einem rechtlichen Geschäft das Geschäft in seiner Totalität ergreifen; man muß es zugleich in seinen einzelnen, von dem Ganzen abzusondernden Parthieen auffassen, und darnach die Frage beantworten.

Ein Rechtsgeschäft, bey welchem ein **Hauptbetrug** vorgefallen ist, ist darnach, ob es ein negotium bonae fidei oder stricti juris war (von welchem Unterschiede weiter unten) entweder schon für sich ungültig, oder kann doch durch die restitutio in integrum (wovon gleichfalls hernach) wieder aufgehoben werden [o]). Was von dem Geschäft im Ganzen gilt, gilt auch von seinen einzelnen Theilen, desgleichen von den bey dem Rechtsgeschäft vorkommenden Nebengeschäften, wo denn, wie sich von selbst versteht, sich die Nullität oder die Rescission nicht weiter wirksam zeigt, als der dolus sich bewährt. Andere Grundsätze finden hinsichtlich des **Nebenbetrugs** Statt. Dieser macht weder das Geschäft nach Umständen ungültig, noch kann deshalb Rescission nachgesucht werden; er verpflichtet bloß beym Kaufcontract alternativ zur Restitution der Sache, welche geleistet worden ist, oder zur Nachzahlung desjenigen, was an dem **wahren Betrag des Kaufgeldes** fehlt [p]); woraus sich leicht schließen

o) *Dig. IV*, 3, *L. 7. pr. XXIV*, 3, *L. 21.* Die ganze Lehre von der *restit. in integ. ex capite doli* geht bekanntlich allein auf *negotia str. jur.*

p) *Dig. IV*, 3, *L. 7. pr. Dig. XXIII*, 3, *L. 12. §. 1.* Si mulier se dicat circumventam minoris rem aestimasse, utputa servum; si quidem circum *in hoc* venta est, quod servum dedit, *non tantum in hoc quod minoris aestimavit:* in eo acturam ut servus sibi restituatur: enim vero si in aestimationis modo circumventa est, erit arbitrium mariti, utrum justam aestimationem an potius servum praestet. Man vergleiche übrigens mit dem hier Gesagten *Dan. Nettelbladt de doli incidentis et causam dantis in contractu effectu.* Halae 1744.

läßt, wie es bey andern Geschäften zu halten, bey welchen auch ein solcher Nebenbetrug vorgekommen ist. Wo noch nichts geleistet, sondern bloß versprochen worden, kann natürlich bloß auf Minderung des Versprechens angetragen werden, wenn es dem andern Theil nicht gefallen sollte, lieber von der ganzen Beredung zurückzutreten.

§. 133.

Außer dem eigentlichen Betruge kommt bey Rechtshandlungen auch noch der dolus als bloßer böser Vorsatz in Betracht q). Dieser dolus hat aber auf die Rechtshandlung nie weder einen directen noch indirecten Einfluß, und unterscheidet sich dadurch vorzugsweise vom Betruge, daß der Betrug nie vermuthet wird, sondern allemal strenge bewiesen werden muß r), für diesen dolus hingegen die Vermuthung so oft vorhanden ist, als die durch das Rechtsgeschäft übernommenen Pflichten nicht erfüllt werden, da

---

q) Hieher gehört das meistens ganz unrichtig angewendete Gesetz *Dig. XVII, 1, L. 44.* Dolus est si quis nolit persequi, quod persequi potest, aut si quis nolit solvere, quod exegerit. So liest das Digest. vet. a Porta Lugd 1548 f. und zwar am richtigsten. Obgleich das Fragment bloß vom Mandatscontract spricht, so kann es doch um so eher für alle Verträge nicht bloß, sondern auch durchgängig für alle Rechtsgeschäfte zur Norm genommen werden, als es auf allgemeinen Gründen beruht. Man vergleiche übrigens auch noch *L. 8. §. 9. eod.* Daß auch schon bey jeder gesetzwidrigen und unerlaubten That angenommen werden soll, es liege dabey dolus zum Grunde, ist deutlich *Dig. XXVI, 7, L. 7. Cod. IX, 16, c. 1* und *35, c. 5.* ausgesprochen worden.

r) Man darf beide Gattungen des dolus, wie gewöhnlich geschieht, durchaus nicht mit Hinsicht auf den Beweis confundiren. Der eigentliche Betrug kann schon der Natur der Sache nach nie präsumirt werden. Werden Facta dargethan, aus welchen er nothwendig geschlossen werden muß, so ist das keine solche Präsumtion als wovon hier die Rede ist, denn praesumtio hominis oder facti gehört ja zu den Beweismitteln.

doch kein gesetzliches oder factisches Hinderniß ihrer Erfüllung im Wege stand. Was aber die übrigen Wirkungen dieses dolus betrifft, so läßt sich bloß im Allgemeinen davon soviel sagen, daß er auch zum Schadenersatz verpflichte, das als Entschädigung zu Prästirende aber mit Hinsicht auf die Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte, und der dabey vorkommenden Nebenumstände auch sehr verschieden seyn könne. Es ist nur noch zu bemerken, daß dieser dolus nicht bloß die Fälle in sich begreift, wo ohne rechtmäßige Ursachen die Erfüllung der durch das Rechtsgeschäft begründeten Pflichten ganz unterbleibt, sondern auch die, wo solche nicht zur gehörigen Zeit, an dem gehörigen Orte und in dem gehörigen Umfange erfüllt werden (daher auch der vorsätzliche Verzug (mora dolosa) hieher gehört), desgleichen, daß wegen der obigen Präsumtion dieser dolus nur durch den Beweis, daß aus Fahrlässigkeit die Erfüllung unterblieben, ausgeschlossen werden kann, der doch auch nur alsdann Hülfe verschafft, wenn die culpa keine culpa lata war, weil in allen bürgerlichen Rechtssachen die culpa lata dem dolus gleich geachtet wird.

§. 134.

Von dem veranlaßten Irrthume ist der **nicht veranlaßte** zu unterscheiden, und nach seinen eigenthümlichen Grundsätzen zu beurtheilen. Die ältern Juristen nahmen noch eine dritte in der Mitte stehende Gattung an, nämlich den zwar veranlaßten, aber nicht in betrüglicher Absicht, sondern aus andern Gründen, z. B. aus bloßem Muthwillen, aus Unwissenheit, oder aus Zuneigung für jemand veranlaßten, bey welchem sie zwar in der Hauptsache die Grundsätze von dem durch Betrug veranlaßten Irrthum angewendet, es jedoch in Ansehung des Schadenersatzes meist gelinder mit dem Betrüger genommen wissen wollten. Allein strenge

die Sache genommen, muß diese Gattung des veranlaßten Irrthums ganz nach den oben stehenden Grundsätzen beurtheilt werden: den Fall der Unwissenheit etwa ausgenommen, weil doch im Grunde alle characteristische Merkmale des Betrugs zusammentreffen. Wer aus bloßem Muthwillen einen Irrthum bey jemand veranlaßt, beweist dadurch schon selbst eine Schadenfreude; ob der in Irrthum Gebrachte auch wirklich in Schaden kommt, oder nicht, ist ihm unter den Umständen sehr gleichgültig; er will es sogar, daß er in Schaden kommen soll. Wer ferner aus Interesse für jemanden den Irrthum eines Andern veranlaßt, hat ja den Zweck, dem, für welchen er sich interessirt, Vortheile zu verschaffen, und mehr fordern ja die Gesetze zum Wesen des Betrugs nicht. Nur bey demjenigen, der aus eigener Unwissenheit oder eigenem Irrthum den Andern in Irrthum stürzt, paßt, wie bereits gesagt worden, nicht, was die Gesetze über den Betrug verordnen. Es scheint nicht bloß, als müsse derjenige, welcher aus Unwissenheit oder eigenem Irrthum den des Andern veranlaßt hat, nicht bloß von allem Schadenersatze frey gesprochen, sondern als müsse auch in der Hauptsache, oder bey der Frage über die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Rechtshandlung nach den vom nicht veranlaßten Irrthum geltenden Grundsätzen entschieden werden. Denn klar setzen die Gesetze bey dem Betrüger voraus, daß er die Wahrheit absichtlich verschweige oder verdrehe. Ich bin auch ganz der Meinung, daß nicht bloß derjenige, welcher aus Unwissenheit oder eigenem Irrthum den Irrthum des Andern veranlaßt hat, von allem Schadenersatze frey zu sprechen sey, es sey denn, daß er schuldig war, sich eine genaue Kenntniß von dem Gegenstande zu verschaffen, sondern daß auch in der Hauptsache, oder im Betreff der Frage über Gültigkeit oder Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts ganz nach den vom nicht veranlaßten Irrthum geltenden Grundsätzen zu entschei-

den sey, ohne daß es übrigens nöthig ist, ein hier in der Mitte stehendes Ding anzunehmen. Denn klar ist es, daß die Gesetze nur zwey Arten des Irrthums annehmen, den durch eigentlichen Betrug veranlaßten, und den wo der Irrthum in dem irrenden Subjecte selbst seinen Grund hat. Zu dem letztern muß auch der zwar veranlaßte, aber nicht durch Betrug veranlaßte um so mehr gerechnet werden, als es dem irrenden Subject zur Last fällt, daß es sich nicht genauer nach der wahren Lage der Sache erkundigt hat, was ihm auch wohl bey dem Betruge zur Last gelegt werden könnte, wenn hier diese Rücksicht nicht in den Hintergrund treten müßte, um den Betrug zu ahnden.

Ueber den Einfluß des nicht veranlaßten Irrthums auf das Rechtsgeschäft mußten von jeher um so verschiedenere Ansichten und Meinungen entstehen, als es hier an allgemeinen durchgreifenden gesetzlichen Bestimmungen fehlt, die doch für den Fall des durch Betrug veranlaßten Irrthums vorhanden sind, wenn sie gleich auch dort nur in Beziehung auf einzelne Rechtsgeschäfte vorkommen. Indeß hat die Entwickelung der Theorie auch hier so gar große Schwierigkeiten nicht, wenn man nur die einzelnen, hieher gehörigen Gesetzstellen zusammenbringt, und daraus hernach weiter argumentirt. Den Unterschied, ob der Irrthum die Wesentlichkeiten des Rechtsgeschäfts (essentialia) oder nur die Zufälligkeiten desselben (accidentalia) betreffe, zusammt dem Lehrsatze, daß für den ersten Fall das Geschäft gar keine rechtliche Wirkung hervorbringe, wohl aber für den letztern Fall, dürfte man um so mehr, wenigstens vorläufig, ganz aufgeben müssen, als von diesem Unterschiede, der hier gar nicht passend ist, aller Dissens ausgegangen zu seyn scheint. Die gewöhnlichen Vorstellungen von dem Wesentlichen und Zufälligen der Rechtsgeschäfte passen hier so wenig, als die neuen oben von mir

aufgestellten; es müssen also erst andere mit besonderer Beziehung auf diese Lehre gefunden werden.

Das Hauptgesetz ist hier *Dig. XLIV, 7, L. 54.* „In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint, sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat (puta) qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit: nihil valet, quod actum sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante, nihil valeat ea societas, quae in consensu consistit.

An dieses Hauptgesetz schließen sich nun andere an, als

Digest. XLV, 1, L. 83. §. 1. Si Stichum stipulatus, de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit etc. — Ein Satz der auch in mehreren andern Stellen wiederholt wird, z. B. *L. 137*, wo der Grund der Ungültigkeit des Rechtsgeschäfts namentlich in den mangelnden Consens gesetzt wird.

Ein zweytes Gesetz das so entscheidend es auch ist, doch darum nicht mit als Hauptgesetz aufgeführt werden darf, weil es in besonderer Beziehung auf den Kaufcontract spricht, ist *Dig, XVIII, 1, L. 9.* „In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: caeterum sive in ipsa emptione dissentiant, sive in pretio, sive in quo alio, emptio imperfecta est: Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in *corpore* dissensimus, emtio nulla est. Idem est si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti, nam cum in corpore dissentiatur, apparet, nullam esse emtionem. §. 1. Si in *nomine* dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio venditio, nihil enim fuerit *error nominis* cum de corpore constet. §. 2. Inde quaeritur, si in *ipso corpore* non erratur, *sed in substantia error sit*, utputa si ace-

tum pro vino veneat aes pro auro, vel plumbum pro argento, vel quid aliud argento simile, an emtio et venditio sit? Marcellus scripsit Libr. VI. Digest. emtionem esse et venditionem *quia* in *corpus consensum* est, *etsi* in *materia sit erratum.* Ego in vino quidem consentio, quia eadem prope οὐσία i. e. substantia est, si modo vinum acuit. Caeterum si vinum non acuit, sed ab initio acetum fuit, aliud pro alio venisse videtur. In caeteris autem nullam esse venditionem puto, quotiens in materia erratur. *L. 10.* Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem quam emptor existimaret: tunc enim emptio valet. *L. 11.* Alioquin quid dicemus, si caecus emtor fuit? vel si in materia erratur? vel in minus perito discernendarum materiarum? In corpus eos consensisse dicemus? Et quemadmodum consensum qui non vidit? §. 1. Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset jam mulier, emtio valebit, *in sexu* enim non est erratum. Caeterum si ego mulierem, venderem tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emtio, nulla venditio est." ——— *L. 14.* „Quid tamen dicemus, si in materia et quantitate ambo errarent? Utputa si et ego me vendere aurum putaram, et tu emere cum aes esset? utputa coheredes viriolam, quae aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendidissent, eaque inventa esset magna ex parte aenea? venditionem esse constat: ideo quia auri aliquid habuit: nam si inauratum aliquid sit, licet ego aureum putem, valet venditio: si autem aes pro auro veneat, non valet."

Ein Gesetz eben dieser Art ist *Dig. XII, 1, L. 18.* Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias: Julianus scribit, donationem non esse: sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse: magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione

acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti. §. 1. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias: nec depositum nec mutuum est. Idem est, et si tu quasi mutuam pecuniam dederis, ego quasi commodatam ostendendi gratia accepi. Sed in utroque casu, consumtis nummis, condictioni sine doli exceptione locus erit. Desgleichen

Dig. XII, 6, L. 65. §. 2. Id quoque quod ob causam datur, puta quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum, quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non potest. — Auch

Dig. XVIII, 1, L. 58. Arboribus quoque vento dejectis vel absumtis igne, dictum est, emtionem fundi non videri contractam, si contemplatione illarum arborum (veluti oliveti) fundus comparatus est etc. — Weiter

Digest. XIX, 1, L. 5. §. 1. Sed si falso existimans se *damnatum vendere*, vendiderit, dicendum est, agi cum eo ex emto non posse, quoniam doli mali exceptione actor summoveri potest: quemadmodum si falso existimans *se damnum dare* promisisset, agentem doli mali exceptione summoveret: Pomponius etiam incerti eum condicere posse ait, ut liberetur. — Endlich

Dig. XLI, 1, L. 36. „Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus, in *causis* vero dissentiamus: non animadverto, cur inefficax sit traditio: veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam et si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus."

Aus den vorstehenden Gesetzstellen läßt sich nun im Allgemeinen folgende Theorie über den error construiren, wobey zu bedenken ist, daß doch vorzugsweise alles auf den bey Rechtsgeschäften nothwendigen Consens hinaus läuft. Wo dieser entweder bey beiden Interessenten, oder auch nur bey einem derselben mangelt, ist an die Vollendung des Rechtsgeschäfts nicht zu denken.

Nach den Gesetzen steht fest:

1) daß, wenn in dem Geschäft selbst, welches unternommen werden sollte, geirrt worden, keine Rechtswirkungen daraus entstehen, den Fall ausgenommen, wo das von der einen Seite beabsichtigte Geschäft, mit dem was sich der Andere irrthümlich vorstellte im Ganzen gleichen Effect hatte. Hier tritt zwar der Effect ein, und entsteht eine Rechtswirkung aus dem Effect, die aber nur fortdauernd behauptet werden kann, wenn man vermögend ist, solche durch einen andern Titel als durch den des Rechtsgeschäfts selbst zu decken.

Von diesem Fall sind *Dig. XII, 1, L. 18*, und *Dig. XLI, 1, L. 36.* zu verstehen. Das erstere Gesetz erklärt geradezu eine Handlung als solche für wirkungslos, wenn von den Interessenten in ipso negotio geirrt worden. Von eben dieser Annahme geht das letztere Gesetz aus. Im Grunde behandeln beide denselben Gegenstand, nämlich die Frage über die fortdauernden Wirkungen der Tradition [s]). Hatte das

---

s) Daß des Irrthums ungeachtet das Eigenthum auf den Empfänger übergehen soll, wenn beide Theile die Absicht der respectiven Uebertragung und Erwerbung desselben hatten d. h. jeder sich einen zur Uebertragung des Eigenthums fähigen, wenn gleich besondern Titel dachte, ist nach *Dig. XLI, 1, L. 36.*

Geschäft, welches der Eine beabsichtigte mit dem, was sich der Andere vorstellte, gleiche Wirkungen, so leistet auch die Tradition was sie nach der Ansicht des Gebers leisten sollte, weil auch der Andere, nämlich der Empfänger in diesen Effect consentirt hat. Ob er nun aber den eingetretenen Effect fortdauernd erhalten kann, hängt nun davon ab, ob ihm außer dem ungültigen keinen Titel gewährenden Rechtsgeschäft ein anderer Titel zu Gebote steht. In dem Falle, dessen *Dig. XII, 1, L. 18.* gedacht wird, stand ihm ein solcher nicht zu Gebote, auch nicht in dem zweyten Falle dessen *Dig. XLI, 1, L. 36.* gedenkt; wohl aber in dessen erstem Fall, denn es scheint, als habe der Empfänger das was ihm gegeben wurde aus irgend einem Titel zu fordern gehabt; etwa aus dem der Stipulation mit dem Verstorbenen. Die Tradition an sich ist ja kein Titel, sondern nur Folge desselben, und hat nun überall unter Voraussetzung eines Titels Wirkung; durch das Rechtsgeschäft selbst aber in welchem der Irrthum Statt fand, wurde nichts gewirkt: sollte also der Em-

---

nicht dem mindesten Zweifel unterworfen. Auf den Uebergang des Eigenthums hat also der Irrthum durchaus keinen Einfluß. Sein Einfluß äußert sich bloß in Ansehung der Rechtshandlung, und in so fern es der Frage gilt, ob hier der Effect der geschehenen Tradition auch fortdauernd sey, und keine Zurückforderung Statt finde. Das Recht der Rückforderung wird hier wegen des eingetretenen Irrthums durchgängig gebilligt. Die Entscheidung macht sich ohne alle Subtilität bloß auf den Grund der Einwilligung. In die Uebertragung des Eigenthums hatten doch die Interessenten des Rechtsgeschäfts im Ganzen consentirt: diese mußte also auch unbedenklich erfolgen. Aber sie hatten in den Titel der Uebertragung geirrt; die geschehene Uebertragung konnte daher von keinen fortdauernden Folgen und Wirkungen seyn. Siehe *Petr. d'Orville* Diss. *ad leg.* 36. *π de adq. rer dom. et leg.* 18. *π de rebus creditis in Oelrichs Thes. Diss. in Ac. Belg. hab.* Vol. III. n. VI.

pfänger behalten können, was er empfangen, so mußte ein anderer Titel vorhanden seyn. Man könnte annehmen, wer in den Effect, die traditio consentire, consentire auch in die causa schon stillschweigend, und trete in so fern der Irrthum in den Hintergrund. Allein abgesehen davon, daß diese Annahme überall nur würde Statt finden können, wenn die causa völlig gleichgültig ist, so widerspricht doch der Satz der allgemeinen Regel über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, nach welcher alles auf den Consens ankommt zu sehr, als daß er sich auch für den angezogenen Fall behaupten ließe.

Es muß daher bey dem Satze bleiben, so oft in ipso negotio geirrt worden, nil actum esse, in so fern von der Rechtshandlung selbst die Rede ist, welche unternommen wird. Das Hauptgesetz *Dig. XLIV, 7, L. 54*, tritt hier jeglicher Unterscheidung und Ausnahme in den Weg. — Gleichergestalt ist

2) anzunehmen, daß wenn die Interessenten in dem Gegenstande des Geschäfts geirrt haben, keine Wirkungen eintreten, d. h. diejenigen nicht, welche sonst daraus folgen würden. Deutlich sprechen von dem error in corpore als von dem error in ipso negotio verschieden *Dig. XLV, 1, L. 83. §. 1*, und *XVIII, 1, L. 9. pr.* Dieß ist auch so natürlich, daß obgleich die Gesetze nur mit Beziehung auf den Kaufkontract reden, ihre Bestimmungen doch ganz füglich analogisch auf alle Rechtsgeschäfte ohne Unterschied angewendet werden können. — Nicht so ausgemacht erscheint was

3) alsdann anzunehmen sey, wenn über das Corpus oder den Gegenstand selbst die Partheyen einig sind, und der Irrthum bloß den Gehalt oder die Materie

betrifft. Fast sollte man glauben, beide Stücke ließen sich nicht von einander trennen, indeß ist doch die Trennung selbst gesetzlich ausgesprochen worden. Höchst sonderbar klingt, was darüber *Dig. XVIII, 1, L. 9. §. 2.* geschrieben steht. Marcellus hält die Rechtshandlung selbst unbedingt für gültig und wirksam, weil doch die Partheyen in corpus consentirt hätten. Ulpian dagegen billigt seine Meinung nur mit der Beschränkung, wenn die Materie, in Ansehung welcher der Käufer irrte mit der, welche er sich eigentlich dachte, ganz dieselbe ist, und nur eine Veränderung erlitten hat, z. B. wenn der Wein sauer geworden ist. Dagegen spricht er selbst dem Kaufcontract alle Gültigkeit ab, wenn der Käufer sich Wein dachte und ihm Essig verkauft worden war. Das Subtile dieser Entscheidung liegt darin, daß der Wein, auch wenn er umgeschlagen ist, noch Wein bleibt, Essig hingegen schon eine ganz vom Weine verschiedene Materie ist. Falsch ist demungeachtet der gefaßte Gesichtspunct, denn der Käufer dachte sich guten, keinen sauer gewordenen Wein. Es bleibt nur vernünftiger Weise die Alternative übrig den Handel mit Marcellus für jeden Fall gelten zu lassen, oder ihn nach dem allgemeinen Prinzip von *Dig. XLIV, 7, L. 54.* für ungültig zu erklären. Aus dem was Ulpian in dem citirten Gesetze weiter sagt, sieht man klar, daß er das Geschlecht der Materie zu sehr mit ins Spiel gebracht und darauf die Entscheidung begründet hat. Indeß ist nun einmal die Entscheidung Ulpians von Justinian zum geltenden Gesetz erhoben worden, nnd bleibt uns nichts weiter übrig, als in seinem Geiste über die Frage zu entscheiden, in wie fern der error in materia der Rechtshandlung die Gültig-

keit

keit entziehen. Nach seiner Ansicht kommt es nämlich bey dem Irrthume in materia allein darauf an, ob doch die Materie, in Ansehung welcher der Irrthum Statt findet, im Ganzen zu dem Geschlecht gerechnet werden kann, das der Irrende voraussetzte, oder nicht. Im erstern Fall ist allemal das Rechtsgeschäft des Irrthums ungeachtet gültig, versteht sich, daß kein Betrug von Seiten des andern Theils vorhanden war, und unter Verbindlichkeit desselben zur Entschädigung: im letztern dagegen hat es gar keine Kraft. Darum unterscheidet auch Ulpian *l. c. L. 11. §. 1.* unbedingt für die Gültigkeit des Kaufcontracts, wenn man irrig ein Weib für eine Jungfrau gekauft hat, weil doch nicht in sexu geirrt worden. — Offenbar übertreibt jedoch Ulpian, wenn er *c. l. L. 14*, für den Fall, wo jemand eine Sache von Gold kaufen wollen, und irrthümlich eine mit Gold versetzte oder übergoldete Sache dafür gehalten hat, den Handel für gültig erklärt; denn bloß vergoldete oder mit Gold nur versetzte Sachen können doch nicht zu dem Geschlecht der goldenen gezählt werden.

Da indeß die Ansicht des Ulpians die von dem Gesetzgeber bestätigte geworden ist, so müssen wir annehmen, daß kein Irrthum in materia dem Rechtsgeschäft schade, so lange sich nur die Materie in Ansehung welcher geirrt worden ist, irgend zu dem Geschlecht oder der Gattung derjenigen rechnen läßt, welche sich der Irrende wirklich dachte. Giebt es bey einer Gattung, Untergattungen, so müssen auch diese berücksichtigt werden. Kauft jemand umgeschlagenen Wein irrthümlich für guten, so ist der Handel zwar gültig, nicht aber wenn er sauren Wein aus Irrthum für süßen kauft. Uebrigens versteht sich der Ulpiani-

sche Lehrsatz allemal mit der Voraussetzung, daß die Gesetze nicht eine gewisse Eigenschaft der Materie zur nothwendigen Bedingung der Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts gemacht haben.

Dem Irrthum in der Materie muß ganz gleich geachtet werden, wenn

4) in den Eigenschaften einer Person oder Sache geirrt wird. Es ist ganz gleichgültig, ob die Person oder Sache die vorausgesetzten Eigenschaften ehedem gehabt hatte oder nicht, wenn sie solche nur jetzt nicht hat. Es gehört hieher vorzugsweise die Entscheidung von *Dig. XVIII, 1, L. 58.* Fehlen die Eigenschaften ganz, so ist auch das Geschäft ohne alle Kraft und Wirkung. Ein theilweiser Abgang thut dagegen nichts zur Sache; es macht auch nichts, wenn die Eigenschaften zwar in der Totalität, nicht aber in der gedachten Qualität vorhanden sind. Wenn aber schon der gänzliche Mangel der vorausgesetzten Eigenschaften dem Geschäft alle Gültigkeit entziehet, so muß noch mehr das Daseyn ganz entgegengesetzter Eigenschaften ihm solche entziehen.

Gar viele Fragen bey einzelnen Rechtsgeschäften müssen aus diesem Gesichtspunct entschieden werden, z. B. in wie fern ein Mandatscontract, Miethscontract, Dienstvertrag ꝛc. von vorn herein ohne alle Kraft und Wirkung sey. Selbst bey der Ehe dürfte die Theorie in wichtigere Betrachtung gezogen werden müssen, als bisher geschehen ist.

Es frägt sich nur, darf man bey Rechtsgeschäften für sich und in der Stille gewisse Eigenschaften voraussetzen, oder muß man sich zuvor darüber erklären? Wollte man annehmen, die Voraussetzung in der Stille sey unbedingt erlaubt, so würde unter

dem Vorwande, man habe sich geirrt, jedes Rechtsgeschäft angefochten werden können, und des Streitens kein Ende seyn. Wollte man dagegen wieder behaupten, es müsse allemal eine Erklärung über die vorausgesetzten Eigenschaften geschehen, so würden wieder die Interessenten eines Rechtsgeschäfts zu sehr belästiget werden, weil sie in gar vielen Fällen schon zu Voraussetzung gewisser Eigenschaften berechtigt sind. *Dig. XVIII, 1, L. 58.* läßt uns über die Frage in Zweifel, weil aus dem darin vorgetragenen Falle nicht erhellt, ob der Käufer namentlich mit Hinsicht auf die auf dem Grundstück sich befindenden Bäume sich in den Handel eingelassen hatte.

Man thut unstreitig am besten, wenn man einen Mittelweg einschlägt, bey welchem weder die Interessenten des rechtlichen Geschäfts zu sehr belästiget werden, noch die Anfechtung derselben auf den Grund des Irrthums zu sehr erleichtert wird. Ist 1) von Eigenschaften die Rede, die man nach der Natur des rechtlichen Geschäfts, oder nach den Gesetzen voraussetzen darf, so ist eine vorgängige Erklärung darüber nicht nöthig. Wer ein Pferd kauft darf voraussetzen, daß solches zum Reiten, Fahren, oder doch zur Feldarbeit tauglich ist. Wer einen Dienstboten miethet, darf voraussetzen, daß er zu Dienstesleistungen im Allgemeinen tauglich sey. Hat er sich in diesen vorausgesetzten Eigenschaften ganz geirrt, so tritt hinsichtlich des Rechtsgeschäfts das „nil actum est" ein. — Daß er sich die vorausgesetzten Eigenschaften nicht in der höchsten Güte denken darf, lehrt schon *Dig. XVIII, 1, L. 9. §. 2*, auch nicht in einer besonderen, sondern n u r in der gewöhnlichen. — Ist dagegen 2) von Eigenschaften die

Rede, welche nicht vorausgesetzt werden dürfen, so muß unstreitig darüber eine Erklärung vorangehen, obgleich es gerade nicht nöthig ist, daß diese Erklärung demjenigen geschehe, mit welchem das Rechtsgeschäft unterhandelt und abgeschlossen wird. Es genügt, wenn man nur im Allgemeinen nach Sachen oder Personen von gewissen Eigenschaften geforscht oder gesucht hat. Man denke nicht, daß diese Umstände bloß beym Beweise des Irrthums in Betrachtung kommen, sie sind auch erforderlich, um denselben überall annehmen zu können. 3) Hatte eine Sache oder Person bisher gewisse Eigenschaften, so durfte auch der Contrahent diese bey der Abschließung des Rechtsgeschäfts voraussetzen, und muß, wenn sie weggefalgefallen waren, seiner Vorschützung des Irrthums um so mehr Platz gegeben werden, als anzunehmen ist, daß nur mit Hinsicht auf die bisherige und bekannte Eigenschaft des Gegenstandes contrahirt worden sey. Dieser Fall ist auch deutlich in den Gesetzen entschieden worden.

Die größte Schwierigkeit hat unstreitig

5) Der Fall, wo man durch einen außer den Eigenschaften der Personen und Sachen liegenden Bewegungsgrund, in Ansehung dessen man geirrt hat, zu einer Rechtshandlung bestimmt worden ist. Er ist durchaus von dem unterschieden, wo man in den Eigenschaften der Personen und Sachen geirrt hat, und die irrige Voraussetzung einen Bewegungsgrund zu dem Rechtsgeschäft abgab. Von diesem letztern Falle spricht außer dem oben citirten *Dig. XVIII, 1, L. 58*, noch besonders *Dig. XIX, 1, L. 5*. Von dem erstern Falle dagegen ist ausschließend

Dig. XII, 6, L. 65. §. 2. zu verstehen. Das Gesetz sagt deutlich, wenn etwas ob causam gegeben worden, z. B. ich habe jemanden etwas geschenkt, weil ich geglaubt, daß er meine Geschäfte besorgt (donatio remuneratoria) was nicht der Fall gewesen, so finde doch keine condictio indebiti Statt, obgleich ich in dem Bewegungsgrunde geirrt, weil ich doch einmal schenken wollen. Daß die oben ausgeschriebene Lesart die richtige sey, und nicht gelesen werden dürfe, „cum falso mihi persuaserim, repeti potest scheint das unmittelbar vorhergehende „Et quidem quod transactionis nomine datur etc. zu beweisen, wo ein in einem Rechtsstreite zu Stande gekommener Vergleich, ohne daß die mindeste Gefahr für denjenigen, der zu dem Vergleiche die Hand bot, vorhanden war, aus einem gleichen Grunde für gültig erklärt wird, nämlich weil man sich doch vergleichen wollen, und ein Vergleich (was hier vorausgesetzt wird) auch taedio litis geschehen kann. Der Vergleich soll bloß angefochten werden können, wenn evidens calumnia des Gegners hinterher entdeckt wird, und da auch nicht, weil die calumnia die causa zu dem Vergleiche war, sondern weil die calumnia durch die Aufhebung des Vergleichs bestraft werden muß. Es ist zu bemerken, daß Paulus aus dessen Libr. 7. ad Plaut. die L. 65. genommen ist, nicht bloß von der repetitio ob indebitum, sondern überall von der repetitio handelt, denn das Gesetz beginnt mit den Worten: In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est, dari, aut *ob transactionem, aut ob causam, aut propter conditionem aut ob rem aut indebitum*, in quibus omnibus quaeritur de repetitione.

Schon von einigen ältern Juristen ist bemerkt worden, daß sich die Lehre des Paulus durchaus nicht mit den von der *Condict. sine causa (Dig. XII, 7.)* aufgestellten Grundsätzen vertrage, und daher angenommen werden müsse, Paulus habe den Fall im Sinne gehabt, wo jemand auch ohne die causa schenken wollen, und die causa nur etwas Zufälliges bey der Schenkung gewesen. Noch Andere meynen, man dürfe auch das was über den Vergleich vorher gesagt wird, hier gar nicht in Betracht ziehen, da Paulus von der repetitio mit Hinsicht auf jeden Fall besonders spreche, und könne daher unbedenklich die Negative in eine Affirmative um so eher verwandeln, als sodann die übrigen Lehrsätze von der condictio sine causa hier zusammentreffen würden. Allein beiden steht die Stelle aus Pomponius *Dig. XII, 7, L. 52.* entgegen, in welcher es heißt: Damus aut *ob causam*, aut *ob rem*. Ob causam praeteritam, veluti cum ideo do, *quod aliquid a te consecutus sum*, vel *quia aliquid a te factum est*: ut etiam *si falsa causa sit* repetitio ejus pecuniae non sit. Ob *rem* vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit" und worin die Lehre des Paulus ohne Beschränkung bestätigt wird. Diese Stelle belehrt uns auch zugleich über das eigentliche Wesen der condictio sine causa; zugleich widerspricht sie durchaus dem, was in dem Titel der Pandecten de *condict. sine causa* enthalten ist.

Mit den Stellen aus Paulus und Pomponius steht nicht nur der allgemeine Satz, daß sich ohne Einwilligung keine solche Handlung als die Schenkung ist denken lasse, im Widerspruch, sondern auch mit der Entscheidung des Paulus selbst der Entscheidungs-

grund „quia donare volui," (ob man donari oder donare liest, ist hier ganz gleichgültig) und widerspricht derselbe den sonst allgemein angenommenen Grundsätzen. — Denn man kann nicht sagen, daß der Geber schenken wollen oder gewollt habe, daß geschenkt werden solle, wenn er sich nicht im Irrthume befand, wenigstens nicht dem, der erhielt: überdieß wird ja auch in der vorliegenden Stelle der Irrthum ausdrücklich als der alleinige Bewegungsgrund zur Schenkung angegeben.

Es liegt hier eine Subtilität zum Grunde, aus welcher sich nur allein die von Paulus und Pomponius aufgestellten Lehrsätze erklären lassen. So wie beym Vergleich dieß, daß man an dem Prozessiren weiter keine Lust findet, als die causa transactionis betrachtet wird, ohne weiter auf andere Neben-Bewegungsgründe Rücksicht zu nehmen, so wird auch bey der Schenkung dieß, daß man eine Freygebigkeit ausüben wollen, als die eigentliche causa des Factums, welches die Donation ausmacht, betrachtet. Nebenabsichten (wozu bey der Schenkung auch die, remuneriren zu wollen, gehört), kommen nicht anders in Betracht, als wenn sie namentlich und ausdrücklich zur Bedingung gemacht worden sind, oder es sich darum handelt, in wie fern zur Zurücknahme gemeiner Schenkungen geeignete Ursachen auch darauf anwendbar seyn möchten. Ging Paulus von diesem Satze aus, so konnte er freylich nicht anders entscheiden, als von ihm entschieden worden ist: die Frage: ob er davon ausging, beantwortet sich aus ihm von selbst bejahend: der Satz würde darnach nur auf Vergleiche und Donationen zu beschränken seyn, und als ein für diese ausschließend angenommener, sie besonders begünstigender Satz betrachtet werden müssen. Dem

steht nun aber wieder der generelle Ausspruch des Pomponius entgegen, welcher, ohne auf bestimmte Rechtshandlungen Rücksicht zu nehmen, den Irrthum im Bewegungsgrunde nicht beachtet wissen will, so bald nur ob causam praeteritam etwas gegeben worden ist. Es ist auch nicht thunlich, nach der in den Pandecten enthaltenen Einrichtung die Stelle aus Pomponius durch die Stelle aus Paulus beschränken zu wollen, es muß vielmehr die letztere der ersten untergeordnet und angenommen werden, daß die Compilatoren der Pandecten von dem darin aufgestellten allgemeinen Prinzip bey der Aufnahme der Stelle aus Paulus ausgegangen sind.

Es läßt sich übrigens nicht läugnen, daß so viel den Bewegungsgrund bey rechtlichen Geschäften betrifft, sich in der Pandecten-Compilation eine abweichende Regel befinde, die mit den übrigen über den Irrthum aufgestellten Regeln im schneidensten Contraste steht, und daher eine wahre Antinomie begründet. Der Widerspruch läßt sich auch nicht durch die Modification heben, als sey bloß vom Uebergange des Eigenthums die Rede, nicht von der Gültigkeit der Rechtshandlung, denn gerade die Rechtshandlung wird für gültig erklärt, und die sonst Statt findende repetitio verworfen r).

---

r) Das Einzige was zur Vereinigung dieser Theorie mit der obenstehenden übrig bleiben würde, dürfte etwa dieses seyn. Man müßte annehmen, die Römischen Juristen hätten nur darum allein den Irrthum in dem Titel, nicht auch in dem Bewegungsgrunde zu dem Rechtsgeschäft berücksichtigt, weil der Bewegungsgrund allemal erst besonders erklärt werden muß, wenn er überall auf das Rechtsgeschäft einen Einfluß haben soll. Man müßte weiter annehmen, hier werde der Fall vorausgesetzt, wo eine solche Erklärung nicht geschehen ist, und weil beide Theile sowohl

§. 135.

Ob einseitig bey der Rechtshandlung geirrt worden, oder ob beide Theile sich im Irrthume befanden, muß durchaus gleichgültig seyn, indem auch bey dem einseitigen Irrthum der Mangel der Einwilligung vorhanden ist, und ohne Uebereinstimmung der Interessenten kein Rechtsgeschäft gültig seyn kann. Nirgends wird auch in den Gesetzen zwischen einseitigem und beiderseitigem Irrthume so unterschieden, daß von diesem Unterschiede besondere Folgen und Wirkungen abhängig gemacht würden: wo der Unterschied vorkommt, kommt er in einer andern Rücksicht vor, wovon gleich weitere Rede seyn wird.

Wenn von beiden Theilen bey einem Rechtsgeschäft geirrt worden ist, so kommt es allein auf die Thatsache des Irrthums an: darnach darf nicht gefragt werden, ob der Eine den Irrthum des Andern kannte, und ob der Irrthum zu entschuldigen ist, oder nicht. Es tritt gewissermaaßen eine Compensation des gegenseitigen Irrthums ein, und das Rechtsgeschäft mag hier um so weniger bestehen,

---

der Geber als der Empfänger in dem Titel — der Schenkung sowohl als — in dem Zweck der Tradition übereinstimmten, so komme der Irrthum in dem nicht ausgedrückten Bewegungsgrunde auch weiter nicht in Betracht. Bey dieser Annahme ließe sich denn auch der Satz, daß ohne Consens kein Rechtsgeschäft zu Stande kommen könne aufrecht erhalten, in so fern nämlich nur auf den Willen schenken zu wollen (der doch vorhanden war) überhaupt gesehen, und der Bewegungsgrund als ein Vorbehalt betrachtet würde, über welchen sich der Schenker hätte erklären müssen. Denn es läßt sich wohl nicht bezweifeln, daß wenn der Schenker den Bewegungsgrund seiner Schenkung ausgedrückt hat, und gefunden wird, daß er sich geirrt hatte, das Geschenkte zurückgefordert werden könne, besonders da der Schenknehmer sich in dolo befand. Man würde bey der Behauptung des Gegentheils sonst wieder mit der Lehre vom Bewegungsgrunde bey Rechtsgeschäften in Collision gerathen.

als beide Theile anders gedacht und anders gehandelt haben. Allein bey dem einseitigen Irrthume ist man berechtigt zu fragen: Wußte der andere Theil um den Irrthum? Konnte der Irrthum vermieden werden?

Die erste Frage hat im Grunde genommen auf die Sache selbst, d. h. auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts keinen Einfluß. Es ist ganz gleichgültig, ob der andere Theilnehmer des Rechtsgeschäfts den Irrthum kannte, oder nicht; das Rechtsgeschäft bleibt nichts desto weniger ungültig, wenn, wie sich von selbst versteht, der Irrthum von der Art ist, daß er das Rechtsgeschäft vernichten kann; es sey denn, daß er sich bemühete denselben zu heben, dieses Heben aber nicht gelang, wo alsdann aber wieder die Frage von dem nicht zu entschuldigenden Irrthum eintreten würde. Die oben gedachte erste Frage kömmt bloß in so fern in Betracht, als es sich darum handelt, den um den Irrthum des Andern wissenden und ihn nicht hebenden als einen Betrüger zu behandeln, und gegen ihn die vom dolus geltenden Grundsätze eintreten zu lassen. Müssen diese unstreitig gegen ihn eintreten, so versteht es sich auch wieder von selbst, daß wenn gleich der Irrthum des Andern sonst gar nicht zu entschuldigen gewesen wäre, er doch jetzt entschuldigt werden muß, weil der dolus alle andere Berücksichtigungen in den Hintergrund drängt, und von ihm aus allein die Entscheidung sich darbietet.

Die zweyte Frage dagegen hat allerdings auf die Sache selbst Einfluß. Die Beantwortung derselben hat ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten. Auf der einen Seite wollen die Gesetze, wie oben gezeigt worden, dem Irrenden geholfen wissen; sie unterscheiden, da, wo sie ihm helfen, nicht, ob er an dem Irrthum selbst schuld war oder nicht. Auf der andern Seite treten wieder die gesetzlichen Vorschriften über den error facti und über die culpa ins Mittel, nach

welchen der Punct des Consenses nicht sowohl, als der der culpa in Betrachtung kommt.

Generell ist nämlich in den Gesetzen ausgesprochen worden, daß der error facti, welcher dem error juris entgegengesetzt wird, niemanden schaden soll, (vorausgesetzt, daß er ein reiner error facti ist) den einzigen Fall ausgenommen, wo dem Irrenden eine summa negligentia vorgeworfen werden kann [u]). Zur Erläuterung des Satzes wird angeführt, wenn er etwas nicht gewußt hat, was ganz notorisch ist; und was keinem an dem Orte unbekannt blieb. Für einen solchen Fall soll ihm der error in facto eben so nachtheilig seyn, als der error in jure, und er nicht gegen den dadurch erlittenen Nachtheil geholfen werden können.

Eben so generell sprechen die Gesetze den Satz aus: Damnum quod quis sentit sua culpa non sentire videtur [v]). Man könnte den Satz manchen Beschränkungen unterwerfen, besonders seine Anwendung auf den Irrthum ausschließen, wenn er nicht namentlich auf den error facti angewendet, und der Fall seiner Anwendung zugleich genau bestimmt gefunden würde.

---

u) *Dig. XXII, 6, L. 9. pr.* Regula est: *juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.* — — §. 2. Sed *facti ignorantia* ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur: quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit, scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. — Daß eigentlich nur von Begebenheiten überhaupt oder doch allein von factis alienis die Rede sey, ist klar. Denn sein eigenes Factum muß jeder durchaus wissen, es sey denn schon vor gar langer Zeit vorgefallen, und komme ihm daher die sehr natürliche Vergessenheit zu Gute.

v) *Dig. L. 17, L. 103.*

Dieß, daß die Gesetze da, wo sie dem Irrenden zur Hülfe kommen, nicht unterscheiden, ob seiner Seits eine culpa concurrirte oder nicht, dürfte der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über den error facti und die culpa nicht im Wege stehen. Man könnte sagen, diese verständen sich von selbst und würden vorausgesetzt als generelle Verordnungen, unter welchen der spezielle Ausspruch der Gesetze zu subsumiren sey. Allein es kommt dagegen in Betracht 1) daß alle generellen gesetzlichen Verordnungen durch die speciellen modificirt und näher bestimmt werden. 2) Daß es hinsichtlich der speciellen gesetzlichen Verordnungen nichts darauf ankommt, ob die Modificationen und näheren Bestimmungen darin klar ausgesprochen worden sind, wenn sie nur in deren Geiste liegen. 3) Daß die Modification und nähere Bestimmung der generellen gesetzlichen Vorschriften über den error facti um so mehr in dem Geiste der speciellen über die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts, bey welchen geirrt worden, zu liegen scheint, als a) die generellen gesetzlichen Vorschriften über den error facti nicht sowohl Rechtshandlungen im engern Sinn als Verträge und Vereinbarungen, sondern bloß Rechtshandlungen im weitern Sinne zum Gegenstande haben, wenigstens die angegebenen Fälle sämmtlich von dieser Art sind; b) die Gesetze, welche besonders über den Einfluß des Irrthums auf Rechtsgeschäfte sprechen, allein von dem Gesichtspunct des mangelnden Consenses ausgehen, ohne welchen sich kein Rechtsgeschäft denken läßt, und davon die Entscheidung über die Gültigkeit oder Ungültigkeit vorzugsweise abhängig gemacht wissen wollen, wornach es also völlig gleichgültig bleibt, ob der Irrthum ein einseitiger oder zweyseitiger war, indem auch beym einseitigen Irrthum der consensus in idem placitum fehlt. Daß für den Fall, wenn in dem Bewegungsgrunde geirrt worden, eine Ausnahme von der Regel gemacht worden, kann um so weniger in Be-

tracht kommen, als der oben für diese Ausnahme angegebene Grund ein ganz eigenthümlicher ist.

Dieser triftigen Gründe ungeachtet glaube ich doch, daß die gesetzlichen Vorschriften über den error facti und die culpa hier unbedenklich zur Anwendung gebracht werden können. Einmal deswegen, weil sie allgemein sind und dabey nicht zwischen den verschiedenen Arten der Rechtsgeschäfte unterschieden worden ist. Zweytens, weil sie bey den besondern gesetzlichen Bestimmungen über den Einfluß des Irrthums auf Rechtsgeschäfte im engern Sinne nirgends ausdrücklich ausgeschlossen worden sind, und eine stillschweigende Ausschließung hier sich nur als scheinbar darstellt. Denn wollte man von dem Gesichtspunct des Consenses hier ausgehen, so würde man von der Lehre vom error facti überall keinen Gebrauch machen können, indem der Consens bey Rechtsgeschäften überhaupt so gut in Betracht kommt, als bey Rechtsgeschäften im engern und eigentlichen Sinn. Ueberdieß wird der Consens in den Gesetzen nur da angezogen, wo ein zweyseitiger Irrthum vorgefallen ist, nicht wo der Irrthum nur ein einseitiger war. Drittens, weil selbst beym mehrseitigen Irrthum die gesetzlichen Vorschriften über den error facti würden berücksichtigt werden müssen, wenn nicht hier schon die Natur der Sache die unbedingte Compensation geböte: von dem gewöhnlichen Grunde der Compensation kann hier so nicht die Rede seyn.

Man kann daher unter Beystand der Gesetze behaupten:

1) Daß wenn der einseitige Irrthum ein selbstverschuldeter ist, und zwar ein solcher, der gesetzlich dem Irrenden zugerechnet werden kann, dieser nicht gehört werden dürfe, wenn er das Rechtsgeschäft entweder überhaupt

oder in seinen einzelnen Theilen ansicht, oder auch nur Nachzahlung fordert.

2) Daß wenn zwar sonst Untersuchung über die Zurechnung des Irrthums Statt findet, diese doch alsdann ganz wegfallen müsse, wenn der, welcher im Irrthum sich befunden zu haben vorgiebt, von dem Mitinteressententen des Rechtsgeschäfts auf die wahre Beschaffenheit der Sache aufmerksam gemacht worden ist, davon aber doch keine Kenntniß genommen hat.

§. 136.

Außer dem Irrthum können noch Leidenschaften, als Zorn, Liebe, Haß rc. dem menschlichen Willen nachtheilig seyn, und dessen Freyheit hemmen. Ueber die Gültigkeit oder Ungültigkeit solcher in Leidenschaften errichteter Rechtshandlungen enthält das Römische Recht zwar keine so bestimmten Vorschriften als über den Irrthum; es enthält nicht einmal eine generelle Vorschrift. Indeß läßt sich doch aus *Dig. L, 17, L. 28.* „Quidquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse, ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur" und den über den Irrthum vorgetragenen Grundsätzen zusammen leicht bestimmen, wie die Römer über die Sache gedacht haben.

Es ist Grundprinzip des Römischen Rechts, daß wo absolute Befangenheit des Willens vorhanden ist, das in solcher Befangenheit errichtete Rechtsgeschäft nichtig seyn soll, es sey denn, daß dem, dessen Wille befangen ist, die höchste Nachlässigkeit hinsichtlich des Grundes dieser Befangenheit zur Last gelegt werden könnte. Concurrirt indeß bey der Befangenheit irgend ein dolus, so kommt auch die Nachläs-

sigkeit nicht in Betracht, sondern die Rechtshandlung ist schon um des dolus willen nichtig. Die Modificationen dieses Grundprincips welche in der vorgetragenen Lehre vom Irrthume stecken, machen sich durch die eigenthümlichen besonderen Verhältnisse, z. B. daß beym zweyseitigen Irrthume die culpa auf der einen Seite nicht weiter in Betracht kömmt: das Grundprinzip bleibt dabey immer unerschüttert. Es läßt sich nicht läugnen, daß der Wille durch den Affect eben so befangen ist, als durch den Irrthum, und daß sogar noch eine größere Befangenheit desselben hier vorhanden sey. Darum sprechen auch die Gesetze aus, daß das, was calore iracundiae geschieht, als gar nicht geschehen betrachtet werden, und nur erst aus der Perseveranz, nachdem sich der Affect gelegt hat, Gültigkeit erhalten soll. Was aber vom Zorn gilt, muß auch von den übrigen heftigen Leidenschaften gelten, denn die Gründe sind hier völlig dieselben.

Hieraus folgt nun

1. daß wenn der Affect, in welchem eine Rechtshandlung vorgenommen worden ist, von einem Andern geflissentlich und in der Absicht erregt worden, um daraus Vortheile für sich zu ziehen, oder auch nur zu schaden, die Grundsätze vom dolus eintreten müssen, und würde schon wegen deren Anwendung das Rechtsgeschäft ohne alle weitere Rücksicht für ungültig zu erklären seyn. Nur ist hier zu unterscheiden, der Fall des geflissentlich erregten Affects, und der dabey gebrauchten Kunstgriffe, von dem Fall, wo sich jemand dem Andern bloß gefällig zu machen, und seine Liebe und Zuneigung zu erwerben gesucht hat, wenn auch gewinnsüchtige Absichten dabey zum Grunde liegen sollten. Denn diese Manipulationen dulden die Gesetze selbst bey der Erbschaftserwerbung.

Man kann von diesem Standpunct aus sehr leicht über die Frage entscheiden, in wie fern Schenkungen und Stipulationen, welche eine heftige Neigung einer Mannsperson zu einer Frauensperson, oder umgekehrt hervorgebracht hat, rücksichtlich des dolus absolut und ohne alle weitere unten folgende Berücksichtigung ungültig sind oder nicht. Wurde diese Neigung dolose und durch unerlaubte Kunstgriffe hervorgebracht, so steht der Vollziehung des Rechtsgeschäfts der dolus ohne alle weitere Berücksichtigung im Wege. Es ist auch hier ganz gleichgültig, ob der dolus von demjenigen, der zu gewinnen oder zu schaden trachtete, oder von einem Dritten begangen wurde.

Der dolus ist, wie oben gezeigt worden, nicht auf gewinnsüchtige Absichten beschränkt; in seinem Begriff liegt auch die Absicht zu schaden. Es kann daher nicht zweifelhaft seyn, daß wenn jemand in dieser alleinigen Absicht in Affect gebracht worden, der eine Rechtshandlung zur Folge hatte, solche eben so gut durchaus ungültig sey, als wenn der Affect in gewinnsüchtiger Absicht war hervorgebracht worden. Ohne dolus dagegen, vielleicht gar in gut gemeinter Absicht hervorgebrachte Affecten müsse dagegen nach den unten folgenden Grundsätzen beurtheilt werden. — Wurde

II. Der Affect nicht durch dolus veranlaßt, so muß man annehmen, daß nur in so fern als eine vollkommne Befangenheit des Willens davon die Folge war, das in solchem Affect errichtete Rechtsgeschäft ungültig sey, es sey denn, daß nachdem der Affect vorübergegangen, der, welcher die Rechtshandlung in Affect begangen, nichts desto weniger in seinem Vorsatz verharrt sey. Wie beym Irrthum läßt sich hier nicht

nicht unterscheiden, ob der Affect ein selbstverschuldeter war oder nicht, man kann nur in so fern die Grundsätze vom Irrthume anwenden, als auch hier nichts darauf ankommt, ob ein Anderer den Affect verursacht hatte oder nicht, sobald nur im ersteren Fall kein dolus concurrirte. Der obenstehende Satz gilt übrigens nicht bloß von Rechtshandlungen im **weiteren** Sinne, sondern auch insbesondere von Rechtshandlungen im **engern.** Es kommt ja bey einem Rechtsgeschäft nicht darauf an, daß man factisch consentirt, sondern man muß auch **vernünftig** consentiren. Dieser vernünftige Consens läßt sich aber nicht annehmen, wenn im Affect gehandelt worden ist. Ist eine Rechtshandlung ungültig, welche von Einem errichtet worden, der gar keinen Willen hat, so muß es auch eine im **höchsten Affect** verrichtete seyn, denn der Wille ist hier so befangen, daß er, wenigstens juristisch die Sache genommen, gar keiner ist [w]);

Concurrirt bey einem Affect noch besonders der Irrthum, so müssen die vom Irrthume und heftigen

---

w) Dieß ist auch der alleinige Grund der Entscheidung *Dig. XXXIX, 4, L. 9.* Locatio vectigalium, quae calor licitantis ultra modum solitae conductionis inflavit, ita demum admittenda est, si fidejussores idoneos, et cautionem is qui licitatione vicerit, offerre paratus sit. Man kann das Gesetz nicht anders als so erklären, daß die im Affect zu hoch hinaufgetriebene Pacht nicht anders gültig seyn soll, als wenn der Pächter, nachdem er zur Besinnung gekommen und darüber nachgedacht, das höchste Gebot dennoch zu halten gedacht, und diese seine Gesinnung durch das Anerbieten einer genüglichen Cautionsleistung an den Tag gelegt hat. Siehe *Joh. Corasii Miscell. jur. civil.* Lib. I. c. 8. — Hier ist also der deutliche gesetzliche Beweis auch noch von einem andern Affect außer dem Zorn, und wenn sogar ein mit dem Staat eingegangenes Rechtsgeschäft dadurch verletzt wird, so müssen noch mehr unter Privaten eingegangene Rechtshandlungen dadurch vitiirt werden.

Affect geltenden Grundsätze zusammen angewendet werden. Dieß ist alsdann der Fall, wenn sich der Affect auf irrige Vorstellungen gründet.

Schwer läßt sich bey alle dem beurtheilen, ob ein Affect oder eine Leidenschaft von der Stärke vorhanden war, welche ganz die Freyheit des Willens aufhebt. Leichter ist die Sache beym Zorn und Unmuth, schwieriger bey andern Leidenschaften. Das vernünftige Urtheil des Richters muß hier das Meiste thun.

§. 137.

Von den den Willen beschränkenden Umständen unterscheiden sich diejenigen, welche dessen freie Erklärung bloß hemmen. Denn der Wille kann noch so unbefangen seyn, es steht aber dessen freier Erklärung etwas entgegen, was bewirkt, daß man ihn entweder gar nicht erklärt, oder doch nicht so, als man ihn ohne dem erklärt haben würde; oft wohl gar das Gegentheil von dem, was man eigentlich will. Hieher gehören *vis*, *metus*, *persuasio* und *consilium*.

1) Unter vis wird hier ein äußerer Zwang verstanden, dem man nicht Widerstand leisten konnte. Es ist gleichgültig, ob der Zwang sich durch Anwendung wirklicher Thätlichkeiten x), oder nur durch Gefangenhalten veroffenbaret hat, in so fern nur das

ww) *Dig. XLVII*, 8, *L.* 2. §. 8. *XXIII*, 1, *L.* 13 und 2 *L.* 21. *L.* 17. *L.* 116. Daß sich übrigens die Ungültigkeit nicht weiter erstreckt, als der Zwang angewendet worden ist, und daß wenn der Zwang nicht das Geschäft selbst, sondern nur das pretium betrifft, durch Nachzahlung geholfen werden soll, entscheidet *Cod. II*, 20, *c.* 5.

x) *Dig. IV*, 2, *L.* 2. Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.

Gefangenhalten eben den Zweck hatte, den die wirkliche Thätlichkeit beabsichtigte.

2) Der metus setzt voraus, daß jemand entweder durch die Androhung eines Uebels, oder die eigene Vorstellung von einem Uebel, oder endlich die von einem Andern bey ihm erregte Vorstellung davon zu einer Willenserklärung bestimmt worden, die er ohne diese Vorstellung anders abgegeben haben würde y). Der metus hat seine Grade. Der höchste Grad ist der der Drohung der Wiederholung einer bereits angewandten Gewaltthätigkeit, oder einer noch härteren. Zunächst steht die Androhung eines noch nicht empfundenen Uebels, das aber den Augenblick zuzufügen in der Macht des Drohenden stand. Dann folgt das Uebel, welches man auf sich zukommen sieht, zuletzt das Uebel, welches man aus eigner Vorstellung oder fremder Einredung besorgt.

3) Das Wesen der persuasio ist in die angestrengte Vorhaltung von Gründen zu setzen, welche jemanden bestimmen, seinen Willen anders zu erklären, als er ihn erklärt haben würde. Wenn die Ueberredungen selbst die Vorstellung des Ueberredeten von dem Rechtsgeschäft, dessen Gegenstand u. s. f. angreifen, so kann ein Irrthum dadurch hervorgebracht werden. Z. B. A überredet den B, daß etwas Gold sey, was es nicht ist. Von diesen Ueberredungen ist hier

y) *Dig. c. l. L. 1*, wo der metus als „instantis vel futuri periculi causa mentis trepidatio" vorgestellt wird. Auch für den Fall, wo bereits Mißhandlungen angewendet worden sind, ohne daß der Zweck erreicht worden, bleibt für deren Wiederholung oder Anwendung noch größerer ein metus vorhanden.

aber nicht die Rede, sondern bloß von solchen, wobey der Wille an sich unbefangen blieb, und nur die freie Erklärung desselben gehemmt wurde. Concurrirt mit der Ueberredung die Vorhaltung eines bevorstehenden Uebels für den Fall, daß man seinen Willen auf andere Art erklären würde, so geht die persuasio in metus über. Die persuasio, wenn sie in ihren Grenzen stehen bleiben soll, muß daher die Androhung von Uebeln von sich entfernt halten.

4) Das consilium beschränkt sich auf die einfache Erklärung, wie man in der Stelle des um Rath Fragenden, oder welchem man sich als Rathgeber aufdringt, handeln würde. Das consilium kann recht gut ein motivirtes seyn, ohne deswegen in eine persuasio überzugehen. Denn die Ueberredung erfordert zu ihrem Wesen die Anhäufung von Gründen, und die Vorhaltung von Vortheilen, welche aus einer bestimmten Willenserklärung entstehen dürften. Leicht kann indeß ein ursprüngliches bloßes consilium in eine Ueberredung übergehen, nämlich, wenn nachdem das motivirte consilium abgegeben worden, es darüber zur Discussion kommt, und der Rathgebende jetzt seinen gegebenen Rath auf alle mögliche Weise geltend zu machen sucht. In der Regel setzt jedoch die Ueberredung voraus, daß man noch seine besonderen Absichten habe, den Andern zu einer diesen Absichten günstigen Willenserklärung zu bestimmen, und sich dabey sogenannter Ueberredungskünste bedient hat.

Sehen wir uns jetzt nach den Wirkungen um, welche die Hemmung der freien Willenserklärung hinsichtlich der rechtlichen Geschäfte hervorbringt. Die Gesetze erklären

1) Willenserklärungen, welche durch wirkliche Gewaltthätigkeit veranlaßt worden sind, für durchaus ungültig. Dieß gilt auch

2) von Willenserklärungen, zu welchen die Furcht vor der Wiederholung einer erlittenen Gewaltthätigkeit veranlaßt hat. Z. B. A läßt den B, der nicht consentiren will, prügeln, und frägt ihn, ob er jetzt consentiren wolle. Es ist dabey ganz gleichgültig, ob die Wiederholung der Gewaltthätigkeit noch besonders angedrohet wird oder nicht. Dagegen

3) bleibt es die Frage: welchen Einfluß die bloße Furcht vor Uebeln die man noch nicht empfunden hat, auf rechtliche Geschäfte äußert.

Die Gesetze unterscheiden metum praesentem und non praesentem. Der erstere ist vorhanden, wenn man sich vor einem angedroheten Uebel fürchtet, oder vor einem zwar nicht angedroheten, das man aber auf sich einbrechen sieht [z]; weiter eine Furcht, der sich auch homo constantissimus hinzugeben pflegt, von der Furcht überhaupt [a]). Endlich wird auch unter den Uebeln selbst, die man fürchtet, ein Unterschied gemacht [b]).

Die Gesetze scheinen überall nicht berücksichtigt wissen zu wollen 1) den metum non praesentem.

z) *Dig. IV*, 2, *L.* 9. Metum autem *praesentem* accipere debemus, non suspicionem inferendi ejus, et ita Pomponius Lib. XXVIII. scribit: ait enim metum accipiendum, si illatus est timor ab aliquo.

a) *Dig. c. l. L.* 6. Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat etc.

b) *Dig. c. l. L.* 5. Metum accipiendum Labeo dicit, non quemlibet timorem sed majoris mali.

2) Die Furcht, welcher sich kein kräftiges Gemüth hinzugeben pflegt. 3) Uebel die an sich nichts, oder doch juristisch nichts bedeuten.

Aus den in den Gesetzen angeführten Beyspielen müssen diese Puncte noch näher aufgeklärt werden.

Zuerst lesen wir, daß die Drohung einen infamiren oder durch prozessualische Einleitungen zu beunruhigen keine zu beachtende Furcht verursacht [c]). Daß unter „alicujus vexationis" auch die Accusationen gemeynt sind, kann nicht zweifelhaft seyn. Einen juristisch ehrlos zu machen steht nicht in der Gewalt einer Privatperson, und von dem Verhältniß einer Privatperson zur andern ist doch nur eigentlich die Rede. Wer sich bewußt ist den Weg des Rechts nicht verlassen zu haben, kann immer dreist prozessualische Einleitungen gegen sich abwarten, und darf sich dadurch nicht schrecken lassen. Dagegen werden mors und vincula und stuprum als Uebel aufgeführt, vor welchen man sich wohl fürchten dürfe [d]).

Sehen wir indeß das Gesetz genauer an, so findet sich bald, daß auch die Infamie und die vexatio sehr wohl als Uebel angenommen werden mögen, vor denen man sich fürchten kann, wenn man nämlich Handlungen begangen hat, wegen welcher man die Ehrlosigkeit oder eine andere Bestrafung von Bedeutsamkeit zu fürchten hat.

c) *Dig. c. l. L. 7.* Nec timorem infamiae hoc edicto contineri, Pedius dicit Libr. VII, neque alicujus vexationis timorem per hoc edictum restitui. Proinde si quis meticulosus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur.

d) *Dig. c. l. L. 7.* §. 1. und *L. 8.*

Es scheint hiernach also bloß darauf anzukommen, daß das Uebel ein solches ist, welches mit dem durch die wider Willen abgegebene Erklärung erlittenen Verlust gar keine Vergleichung aushält, vielmehr solchen gar sehr überwiegt. Verlust der Ehre und des guten Namens, Gefängniß, leibes- und lebens-Strafen können mit keinem Vermögens-Verlust, auch dem beträchtlichsten nicht, gleichgestellt werden, und müssen daher als Uebel betrachtet werden, die gesetzlich gefürchtet werden können. Nur scheint mir dabey vorausgesetzt werden zu müssen, daß man sich Handlungen zu Schulden gebracht habe, wegen welcher man diese Uebel wohl fürchten mag [e]).

Indeß erhellt doch auch wieder aus andern Gesetzstellen, daß es darauf nicht ankommt, sondern allein die Thatsache des metus praesens zu berücksichtigen ist *f*), und daß diese Berücksichtigung die Hauptsache ausmacht, welcher eine andere Berücksichtigung, die des Uebels, untergeordnet ist. Wenn also nur metus praesens vorhanden war, so ist es gleichgültig, ob man die Zufügung des Uebels wohl verdient hatte oder nicht.

Es läßt sich aber auch beweisen, daß eine verschiedene Berücksichtigung in den Gesetzen vorhanden sey, und die eine mit der andern in gar keiner Verbindung stehe.

Offenbar unterscheiden die Gesetze zwey Fälle von einander

a) Den Fall des angedroheten Uebels, desgleichen des Uebels, was man auf sich zukommen sieht. Bey diesem Fall kommt nichts darauf an, ob man das Uebel verdient hatte:

---

e) Wegen der not. *d* citirten Stelle.

f) *Dig. c. l. L.* 9.

es ist hinreichend, wenn 1) das Uebel nur von der Beschaffenheit war, daß man es vorziehen mußte, demselben mit Abgebung der unfreien Willenserklärung zu weichen und 2) es unmöglich war Widerstand zu leisten, oder doch die Leistung des Widerstandes entweder höchst mißlich war, oder sehr nachtheilige Folgen für einen selbst, oder für das gemeine Wesen haben konnte.

Bey bloßen Androhungen eines Uebels wird vorausgesetzt, daß die Drohungen überall realisirt werden konnten, ohne daß der Staat mit seinem Schutze ins Mittel treten konnte. Und das Uebel selbst dürfte doch gar sehr nach den subjectiven Verhältnissen desjenigen zu betrachten seyn, den es trifft. Einem Handelsmann, einem der Beförderung sucht, kann übele Nachrede und Verläumdung mehr schaden als einem Andern, beide wohl ganz zu Grunde richten.

b) Den Fall des sich selbst vorgestellten oder ihm eingeredeten Uebels. Dabey wird vorausgesetzt, daß man auch Gründe hatte das Uebel zu fürchten. Daß man gerade von dem Andern voraussetzen durfte, er werde einem das Uebel zufügen, ist nicht erforderlich: es genügt, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge die Zufügung des Uebels sich annehmen ließ. Daß übrigens das Uebel von der Art seyn muß, daß man es nach seiner Subjectivität wirklich zu fürchten hat, versteht sich von selbst.

Hieraus folgt denn, daß nur für die Fälle eine nicht zu beachtende Furcht anzunehmen ist, wo man bloße Drohungen gefürchtet hat, die

man mit Hülfe des Staats abwenden konnte, oder wenn das nicht, doch die Drohungen nur ein unbedeutendes Uebel enthielten, desgleichen wenn die Furcht eine solche ist, die lediglich in eigenen Vorstellungen oder Einredungen ihren Grund hat, und das Uebel kein solches war, was man selbst verschuldet hatte, und daher mit Recht fürchten konnte.

Berücksichtigung scheint indeß doch der Umstand zu verdienen, wo man es mit einem Menschen zu thun hatte, dem man alle Schlechtigkeit zutrauen darf. Auch dürfte unstreitig die Schwäche und natürliche Furchtsamkeit des weiblichen Geschlechts eine Ausnahme von der sonstigen Regel fordern.

Wo nach den Gesetzen die Furcht in Betrachtung kommt, da macht sie das Rechtsgeschäft eben so ungültig, als wenn wirkliche vis dabey concurrirt g).

---

g) Es versteht sich, daß die Frage, in wie fern metus Einfluß auf die Gültigkeit eines rechtlichen Geschäfts hat, nur in Beziehung auf Privatpersonen untersucht wird. In wie fern sie bey Völkerverträgen in Betrachtung kommen ist überall eine andere Frage. Siehe Gundling Diss. *de efficientia metus tum in promissionibus liberarum gentium tum etiam homin. privat.* etc. *Gundl. VIII.* Daß wenn die Obrigkeit den metus anwendet, in so fern sie dazu befugt war, oder jemand rechtmäßigen Zwang der Obrigkeit fürchtet, daraus keine nachtheiligen Folgen für das Rechtsgeschäft entstehen sollen, ist deutlich *Dig. IV*, 2. *L.* 3. §. 1: entschieden: in wie fern aber der sogenannte metus reverentialis nachtheilig auf das Rechtsgeschäft einfließe, ist doch noch keinesweges klar. — Am richtigsten ist wohl im Allgemeinen die Unterscheidung, ob man bloß das Ansehen der Person fürchtete, oder ob diese zugleich zwang, und für den ersten Fall den metus als einen ungegründeten, für den letzteren aber als einen gegründeten erklärt. *Cod. II*, 20. *L.* 6. *Dig. XXIII*, 2. *L.* 22, wozu noch die Bestimmungen des kanonischen Rechts *cap.* 14 u. 15. *X. de sponsal.* kommen. Man sehe auch *Willenberg de metu reverent.* Gedan. 1707. Indeß möchte

4) Die persuasio hat durchaus keinen Einfluß auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, und noch viel weniger

5) das consilium, es sey denn daß ein error der Art als nach den oben gelehrten Grundsätzen das Rechtsgeschäft ungültig macht, dadurch hervorgebracht worden. Uebrigens versteht es sich, daß der Ueberredende durchweg auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann; nicht so der bloß Rathgebende, es sey denn, daß er einen guten Rath zu geben verbunden gewesen wäre, oder dolose einen schlechten gegeben hätte.

§. 138.

Weder die Befangenheit des Willens, noch die Beschränkung der Freyheit, seinen Willen zu erklären, wie es einem beliebt, können vermuthet werden: der Beweis darüber ist dabey allemal von demjenigen zu führen, der sie behauptet. Wer behauptet, daß der Wille durch dolus befangen worden, muß daher auch noch besonders den dolus beweisen, zu welchem Beweise jedoch hinreicht, wenn nur Thatsachen dargethan worden sind, aus welchen auf das Daseyn des Betrugs geschlossen werden kann. Zu solchen Thatsachen gehört auch, wenn jemand, der den Irrthum

---

ich doch nicht bey der Unterscheidung allein stehen bleiben, sondern noch weiter gehen, und auch den Fall mit berücksichtigen, wo zwar nicht gezwungen wurde, aber das ungestüme Benehmen des Fordenden und sein augenblickliches Schreiten zu Gewaltthätigkeiten, wenn der Forderung nicht Genüge geleistet wurde, dem sich Fürchtenden bekannt waren. Daß hier dieselben Grundsätze gelten müssen, welche für den Fall des wirklich angewendeten Zwanges gelten, ist ganz klar. — Uebrigens wird auch hier hinsichtlich der Frage, ob das ganze Geschäft zu Grunde gehe, oder durch Nachzahlung zu helfen sey, *Cod. II, 20, c. 5.* anzuwenden seyn. Die Lehre vom dolus causam dans negotio und dolus incidens ist und bleibt hier immer die Grundlage.

des Andern, welcher mit ihm unterhandelte, bemerkte, geschwiegen hat, oder jemand einer Sache einen Anstrich gegeben hat, daß sie für eine andere genommen werden mußte, als sie in der That war. Allemal aber müssen die Thatsachen so beschaffen seyn, daß aus ihnen die Absicht bey einem Rechtsgeschäft den Andern hintergehen zu wollen geschlossen werden kann, daher nicht alle Fälle, wo gesetzlich ein dolus präsumirt wird, hieher gehören. Denn in diesen Fällen wird auch der dolus oft nur für Vorsatz genommen, und gilt es bloß der Frage, ob im Zweifel dolus oder culpa anzunehmen sey [h]). Hier handelt es sich aber besonders um die betrügliche Absicht, welche von der Absicht im Ganzen sehr verschieden ist. Leichter ist in mancher Hinsicht der Beweis des durch Betrug hervorgebrachten Irrthums, als desjenigen, den der Betrug nicht veranlaßt hat, wie sich dereinst in der Lehre vom Beweise zeigen wird.

Die bisher vorgetragene Theorie über die Befangengenheit des Willens und die Beschränkung der Freyheit seinen Willen zu erklären, nimmt sich anders nach dem Römischen Recht, und wieder anders, wenn wir auf den Gerichtsbrauch Rücksicht nehmen. Die Römer unterschieden negotia bonae fidei und stricti juris. Nur für jene traten die oben gedachten Folgen und Wirkungen der Befangenheit des Willens, und der Beschränkung der Freyheit seinen Willen zu erklären von selbst ein: für diese dagegen müssen sie erst durch die restitutio in integrum hervorgebracht worden [i]). Noch zu **Justinians** Zeit galt dieser Unterschied, daher

---

h) Z. B. *Dig. XXVI, 7, L. 7. pr., Cod. IX, 35, c. 5* u. a. O. Hieher gehört auch offenbar *Dig. XVII, 1, L. 44.*

i) Siehe vorzugsweise *C. Fr. Walch D. de negotiis vi metuque extort. etc.* Jen. 1790 und *C. v. Lennep D. de eo quod met. causs. gest.* Lugd. 1786.

in seiner Pandecten-Compilation auch die Prätorischen Restitutionen propter dolum, metum etc. aufgenommen worden sind. Der Gerichtsbrauch hat den Unterschied zwischen negotia bonae fidei und stricti juris verworfen, und nimmt bloß negotia bonae fidei an, daher es bey uns propter dolum, metum u. s. w. nicht erst einer Restitution in den vorigen Stand bedarf, um das Rechtsgeschäft anzufechten, sondern sich diese Anfechtung schon von selbst macht. Man kann so nach Umständen seine Rechte sowohl per modum actionis als exceptionis geltend machen. Es ist indeß keine Frage, daß bey uns Fälle vorkommen, in welchen auf die Ausflucht des Betrugs, Irrthums u. s. w. von vorn herein nicht gehört werden darf, sondern der Verklagte verurtheilt werden muß, und erst hinterher seine Rechte geltend machen kann, was aber nicht in einem Unterschiede zwischen negotia bonae fidei und stricti juris, vielmehr in der Natur der Sache seinen Grund hat, z. B. wenn gültige Wechsel ausgestellt worden sind.

Rechtsgeschäfte, welche wegen Befangenheit des Willens, oder weil die Freyheit seinen Willen zu erklären beschränkt war, ungültig sind, können in der Folge durch die Genehmigung (ratihabitio) gültig werden, vorausgesetzt, daß solche hinzutritt, wenn die Befangenheit des Willens oder die Beschränkung der Freyheit denselben zu erklären völlig aufgehört hat. Für den Fall einer solchen Genehmigung gilt der Satz: Ratihabitio retrotrahitur ad tempus initii d. h. das Geschäft wird nicht erst von dem Augenblick an gültig, wo die Genehmigung erfolgte, sondern von der Zeit an, wo es abgeschlossen wurde. Dieser Satz liegt so in der Natur der Sache, daß es die Gesetzgebung nicht einmal nöthig hatte ihn noch besonders auszusprechen. Denn wer etwas, was früher geschehen ist, und nicht für ihn verbindlich war, gut heißt, und demselben durch dieses Gutheißen

verbindliche Kraft hinsichtlich seiner ertheilt, giebt dadurch zugleich zu verstehen, daß er es für den Anfang und für alle bereits eingetretene Wirkungen gut heißen wolle [k]). Was also schon der Begriff der Genehmigung mit sich bringt, brauchte nicht erst bestimmt zu werden. In einer andern Gestalt erscheint die Genehmigung, wenn 1) die Gültigkeit einer gesetzwidrigen Handlung davon abhängig gemacht worden ist [l]), und 2) wenn es der Frage gilt, von welcher Zeit an ein Geschäftsführer als Bevollmächtigter erscheint, wenn die Genehmigung des Geschäftsherrn zu der Geschäftsführung hinzugetreten ist [m]). In beiden Fällen kann schon der Natur der Sache nach von ihrer rückwirkenden Kraft keine Rede seyn. Wo aber die Genehmigung ein Geschäft gültig macht, was wegen Befangenheit des Willens oder beschränkter Freyheit seinen Willen zu erklären ungültig ist, desgleichen wo zu einem Geschäft, das ohne die Beystimmung eines Dritten nicht gültig war, dessen Einwilligung hinterher oder als Genehmigung hinzutritt [n]), hat selbige allemal rückwirkende

---

k) *Cod. IV*, 28, *c. 7.* — cum nostra novella lege generaliter *omnis ratihabitio* prorsus *retrotrahatur*, et confirmet ea quae ab initio subsecuta sunt.

l) *Dig. XXIII*, 2, *L. 65. pr. et* §. 1. Eos qui in patria sua militant, non videri contra mandata ex eadem provincia uxorem ducere: idque etiam quibusdam mandatis contineri. §. 1. Idem respondit: placere, etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia: tamen post depositum officium, si in eadem voluntate perseverat, justas nuptias effici, et ideo postea liberos natos ex justo matrimonio legitimos esse. — Daß hier die Genehmigung nicht auf die Zeit der abgeschlossenen Ehe zurück bezogen werden kann, ist wohl sehr natürlich, indem erst von der Zeit des Weggangs aus der Provinz an überall eine gültige Ehe mit der Provinzialin abgeschlossen werden konnte.

m) Davon ist die Rede *Dig. III*, 5, *L. 9* *Cod. VIII*, 38, *const.* 3. *Dig. L. 17. L. 60.*

n) *Cod. IV*, 28, *L. 7*, *Dig. V.* 16. *L.* 25.

Kraft und wird das Geschäft so betrachtet, als wenn von Anfang an alle gesetzliche Bedingungen desselben vorhanden gewesen wären o).

§. 139.

Sehr wichtig ist bey Rechtsgeschäften die Frage: welche Wirkungen abhängen von den ihnen hinzugefügten Anhängen oder Adjectionen, als da sind conditio, dies, modus und causa. Von dem Bewegungsgrunde oder der causa ist bereits oben in einer andern Hinsicht gehandelt worden. Hier kommt sie als etwas ausdrücklich hinzugefügtes vor, d. h. wo bey der Abschließung des Rechtsgeschäfts der Bewegungsgrund zu demselben deutlich und förmlich erklärt wird. Denn Aeußerungen gegen Andere über den Bewegungsgrund müssen nach den obengedachten Grundsätzen beurtheilt werden.

I. Das Wesen der eigentlichen oder juristischen Bedingung besteht in der einer Rechtshandlung ausdrücklich geschehenen Hinzufügung einer künftigen ungewissen Thatsache, von welcher die Kraft und Wirkung derselben abhängig gemacht wird p). Diese Hinzufügung kann so geschehen, daß die aus der Rechtshandlung entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten überall nicht eher eintreten sollen als bis jener ungewisse Umstand sich ereignet hat (je nachdem die conditio affirmativ oder negativ hinzugefügt worden ist) oder so, daß nur die Fortdauer der bereits einge-

---

o) Anderer Meinung ist Thibaut Pandect. Recht. Th. 1. §. 139.

p) Daß die sogenannten conditiones in praeteritum und praesens collatae so wie die conditio tacita nicht als Bedingungen im juristischen Sinne betrachtet werden, ist aus *Inst. III*, 16, *Cod. XII*, 1, *L.* 59, *Dig. XXXV*, 1, *L.* 99 und 107 bekannt.

tretenen Rechte und Verbindlichkeiten von dem Ereignen oder Nichtereignen des ungewissen Umstandes (je nachdem auch hier wieder die Bedingung affirmativ oder negativ gesetzt wurde) abhängig gemacht wird. Das erste ist die aufschiebende oder Suspensiv-, das letztere die auflösende oder Resolutiv-Bedingung. Man kann es aber nicht zur Resolutiv-Bedingung rechnen, wenn sich jemand bey einem Vertrage das Recht, die Sache gegen Wiedererstattung des dafür Empfangenen zurückzunehmen, vorbehält, weil da von keinem zukünftigen ungewissen Umstande die Rechtshandlung abhängig gemacht worden ist, sondern bloß gegen die Regel dem Interessenten des Rechtsgeschäfts eine Befugniß verliehen worden ist, die er auf gewisse oder ungewisse Zeit hin ausüben mag q).

Als bekannt kann hier die Eintheilung der Bedingungen in casualis, potestativa und mixta, und die in mögliche und unmögliche, so wie der letztern in physisch und moralisch unmögliche übergangen werden. Sehr richtig hat Thibaut r) bemerkt, daß wenn eine Bedingung nicht in einer bloß negativen Willenshandlung besteht und irgend etwas Positives fordert, sie immer von der Wirkung physischer Kräfte abhängig; und in so fern als der Wille das Physische nicht schaffen kann jede affirmative Bedingung zufällig sey. Ich füge dieser Bemerkung bloß noch eine andere hinzu, nämlich, daß man bey Beurtheilung der Frage über die moralisch unmöglichen Bedingungen, folgende Umstände zu berücksichtigen habe: moralisch unmöglich ist 1) jede Bedingung, welche ein

q) Fast durchgängig wird dieser Fall mit zu den Resolutiv-Bedingungen gezählt, und er gehört doch durchaus nicht dahin. Schon der Umstand, daß für ihn besondere Rechtsverhältnisse eintreten, hätte die Rechtslehrer bestimmen müssen, ihm einen andern und abgesonderten Platz anzuweisen.

r) Pandect. Recht. Th. 1. §. 122.

Zuwiderhandeln der Staatsanordnungen und Rechtsgewohnheiten fordert. Eben so 2) jede Bedingung, welche Verletzung des natürlichen Sittengesetzes verlangt. Ob dagegen 3) schon jede Bedingung ohne Unterschied, in welcher Verletzung der conventionellen Sitte enthalten ist, zu den moralisch-unmöglichen gehöre, ist noch gar nicht entschieden. Es läßt sich einmal für solche Sitten, in so fern sie keine Rechtsgewohnheiten sind, kein Verbindungsgrund annehmen: hiernächst enthalten sie selbst oft Verstoße gegen das natürliche Sittengesetz. Man kann bloß annehmen, daß hieher gehörige Bedingungen in so fern zu den moralisch-unmöglichen gehören, als sie denjenigen, welcher sie erfüllen soll, zugleich der allgemeinen Verspottung und Verachtung Preiß geben, oder ihn doch allgemein lächerlich machen würden s). Wenn übrigens solche Bedingungen oft deshalb unerfüllt bleiben, weil ihre Erfüllung für denjenigen, der sie verlangt kein Interesse hat, so folgt daraus noch nicht, daß sie zu den moralisch-unmöglichen gehören, denn das moralisch-unmögliche ist auf die Verletzung des Rechtsgesetzes und des natürlichen Sittengesetzes zu beschränken.

Bey Beantwortung der Frage: welches sind die Wirkungen der einem Rechtsgeschäft hinzugefügten Bedingungen, ist zuvor das allgemeine von dem besondern zu unterscheiden. Das besondere betrachtet die Wirkungen der Bedingungen in Beziehung auf einzelne Rechtsgeschäfte: das allgemeine bekümmert sich nicht um solche Beziehungen.

1) Das Allgemeine. Jede Suspensiv-Bedingung schiebt den Erwerb eines Rechts auf, so lange sie noch nicht

s) In so fern würde die Bedingung darum zu den moralisch-unmöglichen gehören, weil sie die Pflicht gegen sich selbst verletzt.

nicht eingetreten ist (pendet) t). Sie wirkt daher bloß eine Hoffnung des künftigen Erwerbes, welche auch auf die Erben übergehen kann u). Nicht mehr als die Hoffnung des künftigen Erwerbes wird auch begründet, wenn gleich die Sache oder das Recht gleich beym Abschlusse des Geschäfts sollte tradirt worden seyn. Erst von dem Augenblick an, wo die Bedingung existirt, d. h. bey affirmativen Bedingungen von dem Augenblick, wo das Factum wirklich geworden ist, und bey negativen, wo die Unmöglichkeit des Factums außer Zweifel ist uu), wird das Recht wirklich, oder besser allererst begründet. Die natürliche Folge aller Suspensiv-Bedingungen ist daher, daß 1) so lange noch die Bedingung nicht existirt von keinem erworbenen Rechte die Rede seyn kann, sondern bloß von einer Hoffnung und Aussicht auf den Erwerb. 2) Daß wenn die Bedingung nicht existirt, es so gut ist, als wenn gar nichts geschehen wäre; daß aber 3) von dem, welcher die Bedingung vorgeschrieben hat, nichts unternommen werden dürfe, was den Eintritt der Bedingung behindert. Die Hoffnung des künftigen Erwerbes ist also nicht von demjenigen abhängig der sie gemacht hat, so daß er sie auch hintertreiben könnte v). Die Hintertreibung der Erfüllung einer Bedingung, da sie etwas doloses enthält, muß vielmehr für jeden Fall, der Erfüllung gleich geachtet werden. Dagegen ist es demjenigen, welchem daran gelegen ist, daß die Bedingung existent werde, nicht

---

t) *Dig. L.* 16. *L.* 213. — — Ubi sub conditione neque *cessit*, neque *venit* dies pendente adhuc conditione. *Inst. III*, 16, §. 4.

u) *Inst. c. l.* — — Ex conditionali stipulatione tantum spes est, debitum iri, eamque ipsam spem in heredes transmittimus, si prius quam conditio exstet mors nobis contigerit.

uu) *Inst. III*, 16 §. 4. *Dig. XLV*, 1, *L.* 115. §. 1.

v) *Dig. XLV*, 1, *L.* 85. §. 7. *Cod. IV*, 10, *L.* 5.

zu verdenken, wenn er alle ihm zu Gebote stehende erlaubte Mittel anwendet, ihre Existenz herbeyzuführen.

Ganz anders verhält es sich mit den Resolutiv-Bedingungen. Das unter einer Resolutiv-Bedingung übergegangene Recht wird von dem Augenblick an vollständig erworben, nur die Fortdauer desselben hängt davon ab, ob die Bedingung existirt oder nicht. Existirt sie, so erfolgt der Rückfall des Rechts und muß das Geleistete zurückgegeben werden; existirt sie nicht, so wird das Recht jetzt ein permanentes w).

So wenig der Satz conditio existens retrotrahitur ad tempus initii in der Natur und dem Wesen der Suspensiv-Bedingung liegt, eben so wenig ist er in der Natur und dem Wesen der Resolutiv-Bedingung gegründet. Ohne besondere gesetzliche Dazwischenkunft involvirt die erstere bloß ein Ueberkommen von einer Sache oder einem Recht, wenn die Bedingung existirt, die letztere für eben diesen Fall ein Zurückgeben der überkommenen Sache oder des erhaltenen Rechts. Von unvollkommener Erwerbung kann im erstern Falle darum nicht die Rede seyn, weil noch von gar keiner Erwerbung die Rede war, von vollkommener im letztern nicht, weil die Vollkommenheit der Erwerbung noch erst von der Existenz der Bedingung abhieng. Es ist bloß im ersten Falle Hoffnung da, die durch die Existenz der Bedingung realisirt wird x), im letztern Falle Wirklichkeit, die durch die Existenz der Bedingung perpetuirt wird.

---

w) *Dig. XVIII, 2, L. 4, §. 3.* und *L. 6 pr.*

x) Dieß erhellt aus den oben not. t und u angeführten Gesetzstellen mehr denn zu deutlich. Wenn es heißt neque cessit neque venit dies obligationis, so ist vor existirender Bedingung gar keine obligatio vorhanden, sondern diese beginnt allererst mit der Existenz der Bedingung.

§. 140.

2) Das Besondere. Es wird nun zu untersuchen seyn, wie sich die Theorie der Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen in Anwendung auf einzelne Rechtshandlungen nehme. Man kann hier die bekannte Eintheilung der Rechtshandlungen in Handlungen unter den Lebenden, und des Todes wegen füglich zum Grunde legen, wenigstens ist so viel ausgemacht, daß die Gesetze für die Handlungen des Todes wegen überall besondere Ausnahmen und Abweichungen von der Regel enthalten, die auch hier für die Bedingungen vorhanden seyn dürften.

A. Handlungen unter den Lebenden. Spuren von dem Zurückziehen der Rechtshandlung auf den Anfang des Geschäfts, welche in den Gesetzen vorkommen, haben die Rechtslehrer zum größten Theile bestimmt, für die Suspensiv-Bedingungen den Satz auszusprechen, daß wenn die Bedingung existirt, auch alle von dem Besitzer vom Tage der abgeschlossenen Rechtshandlung bezogene Früchte und Nutzungen zugleich mit der Sache heraus gegeben werden müssen: bey der resolutiven Bedingung meynt man ohnehin, verstehe sich die Sache von selbst y). Nur wenige Juristen verwerfen den Satz bey Suspensiv-Bedingungen und beschränken die Verpflichtung desjenigen, der bedingt etwas versprochen hat, auf die Leistung der Sache mit Zurückbehaltung der gezogenen Nutzungen und Früchte, obgleich sie bey Resolutiv-Bedingungen ihn in seinem vollen Umfange anerkennen. Es wird nöthig seyn, die Gesetze selbst, in welchen die obengedachten Spuren von der Zurückziehung der Bedingung auf den Anfang des Rechtsgeschäfts vorkommen etwas genau zu beleuchten.

---

y) Man sehe hier insbesondere *J. J. Ravensberg de conditionibus, convention. et ultim. volunt.* Jen. 1752. 8.

Das erste und Hauptgesetz ist hier (oder wird doch dafür ausgegeben) *Dig. XVIII, 6, L. 8. pr.* „Necessario sciendum est, quando perfecta sit emtio: tum etiam sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emtione periculum ad emtorem respiciet. Et si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emtio. Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emtoris esse *periculum* ajunt. Idem Pomponius libro nono probat. Quod si pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta obligatione in praeteritum. Quod si pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et *fructus medii temporis* venditoris sunt: sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit. Sane si exstat res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emtoris.

An dieß Hauptgesetz schließen sich andere an, als

Dig. XX, 4, L. 9, §. 1. „Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum cui postea quidquam deberi coeperit, si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit. Und *L. 11, §. 1. eod.* Videamus an idem dicendum sit, si sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius creditor pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio, ut potior sit, qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel conditio exstiterit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset, quod et melius est."

Dig. XLVI, 3, L. 16. Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus. Et hoc etiamsi solutio re fiat, accidere Aristo dicebat: scripsit enim, si quis, qui sub conditione pecuniam promisit, dedit eam ea conditione, ut si conditio exstitisset, in solutum cederet existente conditione liberari eum, nec obstare, quod ante ejus pecunia facta est.

Fast sollte man glauben, es könnte nichts klärer seyn als die Dispositionen der vorstehenden Gesetze über die Zurückziehung der eingetretenen Bedingung für den Fall, daß solche als Suspensiv-Bedingung einer Rechtshandlung hinzugefügt worden war. Aus den gesetzlichen Bestimmungen dürfte sie sich übrigens nur allein erweisen lassen, denn von dem, was in Ansehung der resolutiven Bedingung Rechtens ist, dürfte hier um so weniger analogisch zu schließen seyn, als die Natur beider Bedingungen durchaus verschieden ist.

Gleichwohl zeigen sich selbst hinsichtlich der gesetzlichen Bestimmungen über die rückwirkende Kraft der eingetretenen Suspensiv-Bedingungen manche Bedenklichkeiten. Die Hauptbedenklichkeit ist unstreitig, daß die mehrgedachte rückwirkende Kraft darin nicht **allgemein** und **durchgreifend**, sondern immer nur **particulär** und **beschränkt** ausgesprochen wird. So beziehen *L. 8.* sie namentlich nur auf die **Pericel** und die **Usucapion**, *L. 9.* und *L. 11.* auf den **Vorzug im Pfandrecht**, und *L. 16.* auf die **Liberation von der Zahlungsverbindlichkeit.** Man könnte nun freylich entgegnen, das thue nichts zur Sache, es komme allein auf das Hauptprinzip an: dieß sey doch in allen den gesetzlichen Bestimmungen anerkannt worden, und weiter bedürfe es nichts; die Anwendung mache sich schon von selbst. Allein es ist zu erwägen, daß auch Abweichungen von dem Hauptprinzip oder der Regel so häufig vorkommen, und die Regel doch nicht bloß durch die Natur der Sache, sondern auch

durch die Gesetze so deutlich bestimmt worden ist. Wenn es bey Obligationen, die unter einer Suspensiv-Bedingung contrahirt worden sind, allgemein in den Gesetzen heißt, man könne bevor die Bedingung nicht existirt, nicht sagen, die obligatio sey gewirkt worden, sondern sie entstehe erst mit dem Eintritt der Bedingung, so ist es klar, daß die Leistung auch nicht über die obligatio hinaus angenommen werden kann. Damit können die oben gedachten gesetzlichen Bestimmungen von der rückwirkenden Kraft der eingetretenen Suspensiv-Bedingung sehr wohl bestehen: man braucht nur anzunehmen, es sey, den Fall der Leistung ausgenommen, wo es natürlich bey der Regel bleiben müsse, weil dem Verpflichteten nichts über die obligatio hinaus angesonnen werden könne, für andere Verhältnisse der eingetretenen Suspensiv-Bedingung rückwirkende Kraft beygelegt worden. So würden sich Regel und Ausnahmen sehr gut mit einander vereinigen lassen. Daß übrigens die oben ausgeschriebenen Gesetzstellen nur in Beziehung auf einzelne Rechtsgeschäfte sprechen, würde nichts zur Sache thun, wenn nur die generelle Construction der Regel aus ihnen hervorginge, oder vielmehr der generelle Ausspruch, daß obgleich bey Suspensiv-Bedingungen die obligatio nicht eher gewirkt werde als bis die Bedingung eingetreten ist, doch angenommen werden solle, sie sey schon zur Zeit der Abschließung des Rechtsgeschäfts eingetreten gewesen.

Indeß enthält doch auch *L. 8 pr.* eine beyläufige Bestimmung, aus welcher zu erhellen scheint, daß der Satz von der rückwirkenden Kraft der Suspensiv-Bedingung auch auf die Leistung selbst bezogen werden müsse. Es wird gesagt, wenn pendente conditione schon das Kaufpretium bezahlt und die Sache dem Käufer übergeben worden, so könne der Käufer nicht pro emtore usucapiren, und gehe die Sache pendente adhuc conditione zu Grunde, so könne zwar der

Verkäufer das Kaufpretium nicht behalten, aber auch der Käufer müsse die inzwischen gezogenen Früchte und Emolumente zurückgeben. Denn so werde es auch bey den bedingten Stipulationen und Vermächtnissen gehalten. Etwas anders sey es, wenn die Sache zwar noch vorhanden, aber Schaden genommen, denn diesen Schaden müsse der Käufer tragen. Nach der Weise der Römischen Juristen, die oft nur einen Satz auszudrücken pflegten, wenn schon der andere darin nothwendig lag, sind hier offenbar mit Hinsicht auf das, was über die Pericul vorhergeht, zwey Fälle entschieden 1) der Fall, was Rechtens seyn soll, wenn die Sache zu Grunde gegangen ist; 2) der Fall, welche Rechte eintreten, wenn sie noch existirt. Für beide Fälle wird vorausgesetzt, daß die gemachte Bedingung in Erfüllung getreten ist. Denn sonst hätte der Nachsatz „Sane si exstat res etc." gar nicht vorkommen dürfen. In beiden Fällen wird also die Erfüllung der Bedingung vorausgesetzt; der Fall, wo die Bedingung nicht erfüllt wurde, wird in seiner Entscheidung als nothwendig aus der gegebenen Entscheidung für den einen Fall folgend vorausgesetzt.

Bekannt ist der Satz, daß wenn eine in der obligatio enthaltene Sache ohne Schuld des Verpflichteten zu Grunde geht, die obligatio als erloschen betrachtet wird. Noch mehr ist das der Fall, wenn der Berechtigte selbst den Untergang veranlaßt hat. A hatte dem B eine Sache unter einer Suspensiv-Bedingung verkauft, und in gewisser Erwartung des Eintritts der Bedingung, hatten sie bereits alles mit einander abgemacht, A hatte die Sache übergeben, und B hatte das Kaufpretium bezahlt. Pendente adhuc conditione ging die Sache ohne Schuld des Einen sowohl als des Andern zu Grunde (dieß muß hier nothwendig vorausgesetzt werden). Hinterher wurde die Bedingung nicht existent, und es frug sich, was Rechtens sey. Der Jurist nimmt an: der Käufer

müsse sein Kaufpretium zurückerhalten, der Verkäufer könne aber auch die inzwischen von dem Käufer bezogenen Früchte und übrigen Nutzungen abfordern. Etwas anders sey es, wenn nur die Sache Schaden genommen, denn diesen müsse der Käufer tragen.

Frägt man nach dem Grunde der Entscheidung, so kann der in Absicht des letztern Satzes kein anderer seyn, als weil nach den vorhergehenden Bestimmungen die Gefahr der Sache, vermöge einer angenommenen rückwirkenden Kraft der in Erfüllung getretenen Bedingung auf den Käufer übergegangen war. Aber bey der Frage über den Entscheidungsgrund für den erstern Satz geräth man in große Verlegenheit. Denn greift man nach demselben Entscheidungsgrund, welcher für den zweyten Satz Statt findet, so ist klar, daß alsdann der Käufer sein Kaufgeld, welches er bezahlt, verlieren, dagegen aber auch die inzwischen gezogenen Früchte und Nutzungen erwerben müsse. Die Bedingung war erfüllt, und die Gefahr der erkauften Sache vermöge der angenommenen Rückwirkung auf ihn übergegangen. Er konnte ja nicht einmal das Kaufpretium zurückfordern, wenn er auch nichts dafür genossen hatte. Daß die Sache pendente conditione zu Grunde gegangen war, kann hier keinen besondern und abweichenden Entscheidungsgrund abgeben [z]).

z) Fast scheint Thibaut Pandect. Recht Th. 1. §. 124. ihn darin zu setzen. Er sagt: „Ist die Bedingung aufschiebend, so wird der erste Erwerb durch ihre Wirklichkeit vollendet, und zwar wiederum nach allgemeinen Begriffen von dem Augenblick ihrer Existenz. Allein die Gesetze enthalten auch hier für die Lehre von Verträgen die sonderbare Vorschrift, daß Falls das Object nicht ganz zu Grunde gegangen ist, die zufälligen und vermischten Bedingungen auf den Anfang des Geschäfts zurückgezogen werden sollen. Die Existenz beider Arten von Bedingungen macht also auch die Herausgabe der bis dahin vom Besitze gezogenen Nutzungen nothwendig."

Denn ging sie erst nach erfüllter Bedingung zu Grunde, so war über die Sache gar keine Frage mehr. Alles was in der L. 8. über die Pericul vorkömmt, bezieht sich ja nur eigentlich auf die conditio adhuc pendens. Hier ist nach meiner Einsicht eine Schwierigkeit, die sich gar nicht anders als auf folgende Weise heben läßt.

Man muß annehmen, die Römischen Juristen unterschieden bey eingetretenen Suspensiv-Bedingungen zwey Dinge, 1) die obligatio selbst, welche contrahirt worden war. 2) Rechtsverhältnisse, welche sich um diese obligatio fanden. Für die letzteren wurde die rückwirkende Kraft der eingetretenen Suspensiv-Bedingungen angenommen, so daß wenn, wie beym unbedingt abgeschlossenen Kaufcontract, die Gefahr der Sache sogleich mit dem Abschlusse des Contracts auf den Käufer überging, auch die erfüllte Bedingung vermöge der rückwirkenden Kraft diese Folge hatte, daß ein mit der bedingten Forderung verbundenes Pfand- oder Vorzugsrecht auf die Zeit des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zurückbezogen wurde u. s. f. Für die erstere dagegen stand der Satz: obligatio neque cedit neque venit ante existentem conditionem so fest, daß wenn auch die Sache war tradirt und der Werth war bezahlt worden, doch mit der Erfüllung der Bedingung sich alles erst machte, und für die Zeit der Pendenz der conditio eine besondere Ausgleichung und Berechnung nöthig wurde. Geht man mit dieser Ansicht an die Erklärung der L. 8, so heben sich sogleich alle Schwierigkeiten.

Paulus, aus dessen Werke über das Edict die Stelle ist, geht von dem Prinzip aus, daß nicht für die bedingte obligatio selbst, sondern nur für das, was um sie hängt, eine rückwirkende Kraft der erfüllten Bedingung anzunehmen sey. Dem zufolge entscheidet er I, aperte 1) daß der pendenten Bedingung ungeachtet, die Gefahr der verkauften Sache auf

den Käufer übergehe, in so fern nämlich die Bedingung her- nach wirklich erfüllt wird. Er nimmt also in so fern eine Rückwirkung der erfüllten Bedingung zum Nachtheil des Käufers an: daß von Zeit der erfüllten Bedingung an der Käufer die Gefahr der Sache zu tragen hatte, verstand sich von selbst. Daß wenn inzwischen (nämlich pendente con. ditione) sich ein Schade an der Sache ergeben hat, der Käufer denselben tragen müsse. Daß wenn die Sache dem Käufer pendente conditione übergeben, und von ihm be- reits auch das Kaufgeld bezahlt worden, und nun ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen sey, so daß sie nach einge- tretener Bedingung nicht hätte geleistet werden können, alles in den vorigen Stand herzustellen, das Kaufgeld also von dem Verkäufer, die gezogenen Früchte von dem Käufer zu restituiren, weil nämlich inzwischen ja noch gar keine obligatio vorhanden war, sondern diese erst mit eingetretener Bedin- gung entstand, hinsichtlich der obligatio aber keine Rückwir- kung angenommen werden könne, und der Erfüllung der obligatio jetzt der interitus rei entgegenstand. II, occulte: 1) daß zwar für das, was um die obligatio hängt, eine Rückwirkung der eingetretenen Bedingung angenommen wer- den könne, nicht aber 2) hinsichtlich der obligatio selbst, son- dern daß es hier bey der Regel cedit et venit existente con- ditione verbleiben müsse. Eben der Gesichtspunct, den Pau- lus hier gefaßt hat, schwebt auch in den andern oben aus- geschriebenen Pandectenstellen vor.

So enthält also unsere Pandectenstelle gerade das Ge- gentheil von dem, was sie beym ersten Anblick zu enthalten scheint. Es bestätigt sich in ihr die Regel, daß wenn die gesetzte Suspensiv-Bedingung erfüllt wird, erst von dem Augenblick an die obligatio entsteht und zugleich fällig wird, und nicht auf die Zeit des Rechtsgeschäfts zurückbezogen wer- den darf; daß folglich der Verkäufer bloß die Sache, nicht

auch die pendente conditione bezogenen Früchte und Nutzungen abzuliefern hat. Wenn daher unter einer Suspensiv-Bedingung verkauft worden ist und beide Theile sich im voraus ihrer erst künftigen Verpflichtungen entledigt haben, so bleibt in der Zwischenzeit der Verkäufer nicht bloß Eigenthümer der Sache, sondern er erwirbt auch die Nutzungen und können die letzteren etwa bloß gegen die Zinsen des Kaufgeldes aufgerechnet werden. Darum kann auch der Käufer pendente conditione nicht pro emtore usucapiren, weil er überall nicht als emtor besaß.

Nun würde nur noch die Frage seyn, ob man die gesetzlichen Bestimmungen über die Rückwirkung der conditio, in so fern es nicht der obligatio selbst gilt, auf die in den Gesetzen bestimmten Fälle zu beschränken hat, oder sie auch darüber hinaus ausdehnen kann? Ich glaube um so mehr für die Beschränkung stimmen zu müssen, als von einer Ausnahme von der Regel die Rede ist, und alle Ausnahmen strenge erklärt werden müssen.

So viel über die Suspensiv-Bedingung. Für die resolutive Bedingung nimmt man fast so allgemein rückwirkende Kraft an, daß die Lehre usuell geworden zu seyn scheint. Schon oben ist bemerkt worden, daß der Fall der resolutiven Bedingung von dem unterschieden sey, wo sich jemand bey Uebertragung des Eigenthums die Zurücknahme vorbehält. Daß hierbey nicht von rückwirkender Kraft der resolutiven Bedingung die Rede seyn könne, weil überall keine Resolutiv-Bedingung vorhanden war, ist sehr natürlich. Aber wenn nun eine wirkliche Resolutiv-Bedingung gesetzt worden, z. B. A verkauft dem B und übergiebt ihm sein Haus unter der Bedingung, wenn sein Bruder nicht aus Amerika zurückkehren und das Haus selbst brauchen würde? Oft hält es schwer, die resolutiven Bedingungen von den suspensiven

zu unterscheiden. Sehr richtig bemerkt Thibaut a), daß bey bloß bedingten Versprechen für die aufschiebende, bey der bedingten Uebergabe einer Sache aber für die resolutive Bedingung die Vermuthung streite.

Erhellt klar aus der Hinzufügung bey einem Rechtsgeschäft die resolutive Bedingung, oder muß solche, wegen vorwaltender Umstände, angenommen werden, so fragt sich, durch welche Gesetzstelle sich denn beweisen lasse, daß die existirende Resolutiv-Bedingung bey Handlungen unter den Lebenden so zurückwirke, daß alles wieder in den vorigen Stand treten müsse, und es so zu betrachten sey, als wenn nichts geschehen wäre. Das versteht sich freylich von selbst, daß die Sache welche gegeben worden ist, so wie das dafür verabreichte Aequivalent gegenseitig restituirt werden müssen, aber es handelt sich noch um mehr als das, um die Früchte und Nutzungen, welche inzwischen von der Sache gezogen sind, um das was zu der Sache als deren Accessorium hinzutrat, und um andere Rechtsverhältnisse. Daß der, welcher sub conditione resolutiva vermöge eines das Eigenthum begründenden Titels etwas erhalten hat, davon Eigenthümer werde, und daher auch, wenn dieser Titel Kauf, Schenkung 2c. ist, pro emtore, donato etc. usucapiren könne, ist keinem Zweifel unterworfen. Die Eigenschaft eines Eigenthümers muß ihm auch sehr natürlich alle denkbare Eigenthums-Berechtigungen verleihen, wohin auch das Recht gehört, sich die Früchte der Sache zuzueignen, solche zu verpfänden u. s. w. Er kann nur nicht solche Verfügungen treffen, wodurch die Rückkehr der Sache bey eintretender Resolutiv-Bedingung verhindert würde. Man kann also annehmen, bey einem sub conditione resolutiva abgeschlossenen Kaufcontract (bey anderen Rechtshandlungen regulirt

a) Pandecten-Recht l. c. 125.

sich nach diesem Maaßstabe die Sache mit den nöthig werdenden Modificationen auf gleiche Weise) müsse wenn die Resolutiv-Bedingung eintritt, der Verkäufer das ihm bezahlte Kaufgeld, der Käufer aber die Sache so wie er sie empfangen hat zurückgeben. Die inzwischen gezogenen Früchte und Nutzungen erwerbe der Käufer, so wie der Verkäufer die Nutzung des Kaufgeldes: was inzwischen der Sache hinzugetreten ist, dafür könne der Käufer Vergütung verlangen: die Sache gehe mit allen inzwischen darauf gelegten Belästigungen auf den Verkäufer zurück, ohne daß der Käufer deswegen in Anspruch genommen werden dürfe. Wollte der Verkäufer das alles nicht, so stand es bey ihm die Befugnisse des Käufers noch durch eine besondere Vereinbarung zu beschränken: die Resolutiv-Bedingung allein enthält noch solche Beschränkungen nicht.

Das Gesagte versteht sich unter der Voraussetzung, daß das Geschäft unter einer **wirklichen — nicht bloß scheinbaren** conditio resolutiva abgeschlossen war. Trefflich ist die Sache *Dig. XVII, 2, L. 2. L. 3.* und *L. 4. pr.* entwickelt worden. *L. 2.* „Quotiens fundus in diem addicitur, *utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur:* an vero *conditionalis sit magis emtio*, quaestionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore conditione allata discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur: Sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. §. 1. Ubi igitur, secundum quod diximus pura venditio est, Julianus scribit, hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse, et fructus et accessiones lucrari, et periculum ad eum pertinere, si res interierit. — *L. 3.* Quoniam post interitum rei jam nec adferri possit melior conditio. — *L. 4.* Ubi autem conditionalis venditio est, negat Pomponius, usu-

capere eum posse, nec fructus ad eum pertinere. Diese Gesetze wovon das erstere und letztere aus **Ulpian** sind und eigentlich zusammenhängen, das mittlere aber ein eingeschobenes Fragment aus **Paulus** ist, enthalten den Indicativ für die Anwendung der übrigen in diesem Pandecten-Titel noch stehenden leges. Zugleich ersehen wir daraus, wie eigentlich die Römer über die Resolutiv-Bedingung dachten, und wie sie die wahre Resolutiv-Bedingung von der scheinbaren unterschieden. Jene ist so oft vorhanden, als das Rechtsgeschäft vollständig und so abgeschlossen wird, daß es gleich in seine Kraft und Wirkung tritt, und nur die Wiederaufhebung dabey stipulirt wird, welche man von einem ungewissen Umstande abhängig macht. Diese hingegen ist da, wenn zwar auch das Rechtsgeschäft so abgeschlossen wird, daß es sogleich in seine Kraft und Wirkung tritt, die Vollendung aber noch erst von einem zukünftigen ungewissen Umstande abhängt. Der erste Fall ist der, von welchem oben gesprochen worden ist, für den letzteren Fall muß schon der Satz gelten, daß wenn die gemachte Bedingung existirt, alles so in den vorigen Stand zurückgebracht werde, als wenn nichts geschehen wäre, beym Kaufcontract also (den wir hier wieder als das leichteste Beyspiel nehmen wollen) die Sache zusammt den gezogenen Nutzungen und Früchten, und wie man sie überkommen, das Kaufgeld gleichfalls mit den Zinsen, zurückgegeben werden müsse.

Welcher Fall nun, der Fall der wirklichen oder der scheinbaren Resolutiv-Bedingung, oder mit den Gesetzen zu reden, der Fall der **reinen** oder der **bedingten Ueberlassung** vorhanden sey, soll allemal aus den **besonderen Umständen** beurtheilt werden. Schade, daß uns darüber nichts weiter gesagt worden ist: die Sache verdient doch unsere ganze Aufmerksamkeit.

Fast sollte man glauben bey der in diem addictio verstehe es sich immer von selbst, daß die Resolutiv-Bedingung nur eine scheinbare sey. Und doch wird hierbey unterschieden. Wie viel mehr muß denn nicht die Unterscheidung bey andern Rechtshandlungen vorkommen!

Anzunehmen, die wahre Resolutiv-Bedingung sey die Regel, die scheinbare die Ausnahme, und verstehe sich die letztere nicht anders, als wenn man sich darüber besonders besprochen habe, würde wider den Geist des Gesetzes laufen. Es bleibt daher bloß die Beurtheilung aus den näheren Umständen übrig. Aber eine Regel läßt sich dennoch geben.

Ich glaube, es läßt sich behaupten, in allen Fällen sey wahre Resolutiv-Bedingung vorhanden, wo ein Geschäft nicht bloß abgeschlossen, sondern zugleich die Erfüllung völlig abgemacht, bey der Abschließung aber die Verabredung getroffen worden ist, daß doch bey dem Eintreten eines bestimmten künftigen noch ungewissen Umstandes das Geschäft wieder rückgängig werden soll. In allen übrigen Fällen ist nur eine scheinbare Resolutiv-Bedingung anzunehmen.

§. 141.

B. **Handlungen des Todeswegen.** Diesen kann in so fern es der Erbens-Einsetzung gilt schon gar keine Resolutiv-Bedingung hinzugefügt werden, weil, wer einmal Erbe geworden ist, auch fortdauernd Erbe bleiben muß [b]). — Man kann den Satz vom Ausschluß der Resolutiv-Bedingungen auch für alle Fälle gelten lassen, sey von Handlungen unter den Lebenden oder des Todeswegen die Rede, wo es Verhältnissen gilt, deren Fortdauer die Gesetze, nicht der Willkühr

b) Arg. *Inst. II*, 14, §. 9. *Dig. XXVIII*, 5, *L.* 88.

der sie stiftenden Personen überlassen haben, z. B. bey der Ehe, sondern wo das Verhältniß entweder nur durch einen Richterspruch aufgehoben werden kann, oder gar keiner Wiederaufhebung fähig ist. — Anderen in Handlungen des Todeswegen gestifteten Begünstigungen können Suspensiv- sowohl als Resolutiv-Bedingungen hinzugefügt werden [c]).

Für die Suspensiv-Bedingungen bey Handlungen des Todeswegen gilt der Satz, daß die Hoffnung, welche dadurch hinsichtlich des Erwerbs gewirkt wird, nicht auf die Erben übergeht, sondern der Honorirte allemal nothwendig die Existenz der Bedingung erlebt haben müsse, wenn seinen Erben die Zuwendung gleichfalls zu statten kommen soll [d]). Dagegen kann aber auch der Honorirte, wenn ihm etwas unter einer negativen, in seiner Gewalt stehenden Bedingung, zugewendet worden ist, gegen Stellung einer Caution solches sofort erhalten, es wird sogar zuweilen die Bedingung als nicht hinzugefügt betrachtet [e]), eine sehr wichtige Abweichung von

---

c) *Dig. XXXV*, 1, *L*. 107. Wegen des ältern Rechts siehe Göschen *Obs Jur. Rom.* p. 65 seq.

d) *Dig XXXV*, 1, *L*. 31. — Der Existenz der Bedingung muß übrigens der Fall ganz gleich gestellt werden, wo die Bedingung für erfüllt geachtet wird. (Siehe unten).

e) *Dig. XXVIII*, 7, *L*. 4. §. 1. Idem Julianus scribit, eum qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem: caeterum si solus heres scriptus sit, sub *impossibili conditione* heredem institutum videri: quae sententia vera est. Was von Erbeneinsetzungen unter solchen Bedingungen gilt, gilt auch nach *Dig. XXXV*, 1, *L*. 67. von Vermächtnissen. — Ausnahmen von der Regel machen aus besonderen Gründen Erbeneinsetzungen und Vermächtnisse mit den Bedingungen, wenn der Erbe oder Legatar eine gewisse Person nicht heyrathen, oder sich von der Person, mit welcher er in der Ehe lebt, nicht trennen wird. *Dig. XXXV*, 1, *L*. 101. §. 3. und

von der bey Handlungen unter den lebenden gültigen Theorie, wo beydes nicht Statt hat. Bey Erbschaften wird hiernächst die existirende Bedingung auf den Tod des Erblassers zurückgezogen, so daß dem Erben alle vor dem Tode des Erblassers der Erbschaft hinzugetretenen Vermehrungen, zusammt den gezogenen Nutzungen herausgegeben werden müssen; nicht aber bey Vermächtnissen, sondern auf diese findet Anwendung, was oben über die Suspensiv-Bedingungen bey Handlungen unter den lebenden gesagt worden ist, weil auch hier der Honorirte vor eingetretener Bedingung kein Recht auf die Sache erwirbt f). Die Beziehung, welche die angeführten Gesetze ausdrücklich auf die legata conditionata nehmen, bestärken die oben ausgeführte Theorie noch mehr.

Bey Resolutiv-Bedingungen in so fern sie als wahre, nicht bloß scheinbare betrachtet werden können, darf, obgleich der Honorirte das ihm Verlassene gleich mit dem Ableben des Erblassers erwirbt, wenn die Bedingung des angeordneten Rückfalls existirt, ihm doch nichts von den inzwischen gezogenen Nutzungen und Früchten verbleiben, weil er nach der hier angenommenen Absicht des Erblassers

---

und *L.* 106. Hier kann der Erbe oder Legatar das Verlassene nicht eher erhalten, als bis durch das Ableben der Person, mit welcher die Heyrath oder von welcher die Trennung untersagt worden ist, beide unmöglich werden. Frägt man nach den besondern Gründen, warum hier die Caution unzulässig sey, so ist die Antwort: die Caution ist bloß etwas zum Soulagement der Erben und Legatarien eingeführtes, das da wegfallen muß, wo man sieht, daß es der Erblasser besonders strenge mit der Bedingung genommen wissen wollte.

f) Der Grund des hier gemachten Unterschiedes zwischen Erbschaften und particulairen Zuwendungen ist vorzugsweise darin zu suchen, daß bey Erbschaften sich, was nach dem Tode des Erblassers zu der Erbschaft hinzutritt, von selbiger nicht trennen läßt, wohl aber, was zu einer legirten Sache oder einer anderen particulairen Zuwendung hinzugetreten ist, von derselben getrennt werden mag.

nichts davon behalten soll. Lediglich dieser angenommenen Absicht ist es zuzuschreiben, daß die Grundsätze von Resolutiv-Bedingungen bey Handlungen unter den Lebenden hier nicht zur Anwendung kommen dürfen g). Diese Berücksichtigung dürfte auch den alleinigen Grund enthalten ihn von der usucapio pro legato, pro mort. caus. donato etc. ausschließen.

Wir haben bisher die Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen an sich betrachtet. Lassen wir die Untersuchung folgen, in wie fern sie, auf die Erfüllung gesehen, als mögliche oder unmögliche erscheinen, wodurch, was in dieser Lehre zu berichtigen war, völlig erschöpft wird. Der Unterschied zwischen Handlungen unter den Lebenden und des Todes wegen muß hier besonders festgehalten werden.

I. **Suspensiv-Bedingungen, welche einer Handlung unter den Lebenden als mögliche oder unmögliche hinzugefügt werden.** — Als 1) unmögliche hinzugefügt vernichten sie, wenn die Hinzufügung A. affirmativ geschehen ist, die ganze Rechtshandlung, ohne Unterschied, ob sie physisch oder moralisch unmögliche sind, und die Rechtshandlung eine einseitige oder mehrseitige war. In Ansehung der physisch-unmöglichen Bedingungen ist die Sache deutlich in den Gesetzen entschieden. *Inst. III, 20, §. 11.* „Si impossibilis conditio stipulationibus adjiciatur, *nihil valet stipulatio.* Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus exstet, veluti si quis ita dixerit: *si digito coelum attigero dare spondes.* — *Dig. XLIV, 7, L. 31. Non solum stipulationes impossibili conditione implicatae nullius momenti* sunt, *sed etiam*

g) Die strenge Erfüllung der Absicht des Erblassers muß für diesen Fall allein den Entscheidungsgrund abgeben. Ohne diese Berücksichtigung würden die Grundsätze von Resolutiv-Bedingungen bey Handlungen unter den Lebenden nothwendig zur Anwendung kommen müssen.

caeteri quoque contractus, veluti emtiones, locationes, *impossibili conditione interposita, aeque nullius momenti* sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur: quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione quam sciant impossibilem." Könnte noch aus dem ersteren Gesetz ein Zweifel entstehen, ob das Rechtsgeschäft selbst, oder die hinzugefügte Bedingung gemeynt sey, so wird doch dieser Zweifel durch die mehr denn zu deutliche Bestimmung des zweyten Gesetzes, und den hinzugefügten Entscheidungsgrund gehoben. Es läßt sich nur noch etwa fragen, in wie fern das hier bestimmte auch auf einseitige Rechtshandlungen anwendbar sey, wenn diesen eine physisch-unmögliche Bedingung hinzugefügt worden, indem beide oben ausgeschriebene Gesetze nur von mehrseitigen Rechtshandlungen sprechen, und der Entscheidungsgrund in dem letzteren Gesetze nicht nur namentlich darauf bezogen wird, sondern auch davon nur allein gelten kann. Man läuft wohl indeß keine Gefahr, gegen den Geist des Gesetzes anzustoßen, wenn man dessen Verfügungen auch auf einseitige Rechtshandlungen anwendet. Der gesetzliche Grund paßt doch so ganz darauf; daß das Gesetz nur der mehrseitigen Rechtshandlungen erwähnt, ist sehr natürlich, weil einseitige Handlungen unter den lebendigen überhaupt keine Verbindlichkeit wirken, als bis die Acceptation des dadurch Begünstigten erfolgt ist, oder mit ihrer Erfüllung begonnen worden, im letztern Falle aber die Bedingung ja von dem versprechenden Theil selbst gehoben worden ist, und im erstern Fall der nämliche Grund eintritt, welcher alle Contracte, denen von Anfang an eine unmögliche Bedingung affirmativ hinzugefügt worden war, unverbindlich macht. — Eine größere Schwierigkeit scheint die Anwendung zu haben, wenn die hinzugefügte Bedingung eine moralisch-unmögliche

war. Der Grund des Gesetzes paßt hier nicht. Wohl mag es dabey von beiden Theilen ernstlich gemeynt seyn, besonders, wenn beide gegen eine Person, die gesetzwidrig beschädigt werden soll, gleiche, böse Absichten hegen. Indeß so fehlt es auch nicht an Gesetzen, welche namentlich für den Fall der hinzugefügten moralisch-unmöglichen Bedingung die Nichtigkeit der ganzen Rechtshandlung aussprechen. Auszuzeichnen ist hier *Dig. XLV, 1, L. 35, §. 1.* „Item quod leges fieri prohibent, si perpetuam causam prohibitionis servaturum est, cessat obligatio: veluti si sororem nupturam sibi aliquis stipuletur. Quanquam etiam si non sit perpetua causa, ut accidit in sorore adoptiva, idem dicendum erit, quia statim contra bonos mores fit [h]). Was hier von einer geradezu gegen die Gesetze laufenden Stipulation gesagt wird, muß auch von dem Fall gelten, wo eine Gesetzwidrigkeit zur Bedingung gemacht wird. — Wird B. die unmögliche Bedingung negativ der Rechtshandlung hinzugefügt, so unterscheiden dagegen die Gesetze zwischen physisch und moralisch-unmöglichen Bedingungen in der Art, daß wenn die gesetzte Bedingung eine physisch-unmögliche war, sie mit Aufrechthaltung des Rechtsgeschäfts für nicht hinzugefügt geachtet werden soll [i]): war sie aber eine moralisch-unmögliche, so soll die ganze Rechtshandlung wieder zu Grunde gehen [k]). Den Grund die-

---

h) So lese ich. Die verschiedenen abweichenden Lesarten kann man in dem Götting. Corp. jur. finden.

i) *Inst. III*, 19. §. 11. At si ita stipuletur: *si digito caelum non attigero dare spondes*, jure facta stipulatio intelligitur, ideoque statim peti potest.

k) *Dig. II*, 14, *L.* 7. §. 3. Si ob maleficium *ne fiat* promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. Diesem stehen auch *Dig. II*, 14, *L.* 50. „Non impossibile puto in contractibus depositi, commodati et locati, et caeteris similibus hoc pactum, ne facias furem servum meum etc.

ses Unterschiedes muß man theils in der Entscheidung von *Dig. XLIV, 7, L. 31.* theils in dem Prinzip suchen, daß sich niemand erst durch Gewinn antreiben lassen soll, die Gesetze und die guten Sitten zu respectiren, sondern diesen Antrieb schon in sich selbst als Mensch und Staatsbürger finden soll. — Ist 2) die hinzugefügte Bedingung eine mögliche, so muß sie, wenn sie A. affirmativ hinzugefügt war, durchaus erfüllt werden, wenn ihre Erfüllung auch mit noch so viel Schwierigkeiten verbunden seyn sollte (condit. difficiles). Die nicht erfüllte Bedingung wird nur für den Fall der erfüllten gleichgeachtet, wenn ihre Erfüllung von demjenigen, der sie gesetzt hatte, selbst oder dem dadurch Begünstigten [l]) behindert worden ist [m]). B. negativ hinzugefügt, suspendirt

sicut enim servi corrupti actio locum habet, ita potest etiam haec pactio locum habere quae ad non corrumpendos servos pertinet." *Dig. XLV, 1, L. 121,* „Mulier ab eo in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinae tempore matrimonii consuetudinem repetiisset: nihil causae esse respondi, cur ex stipulatione, quae ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione pecuniam adsequi non possit." nicht entgegen. Denn hier ist davon die Rede, daß jemand auf den Fall, daß er eine gesetzwidrige oder die Ruhe des Andern störende Handlung unternehmen würde, dafür etwas als Strafe zahlen, und einen Vermögensverlust erleiden soll. Ueberall wird ja auch hier nicht eigentlich bedingt paciscirt.

l) *Dig. L. 17, L. 39.* In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quo minus fiat. Der alius kann hier kein anderer seyn als derjenige, zu dessen Gunsten etwas geleistet werden sollte. *L. 161.* In jure civili receptum est, *quotiens per eum, cujus interest, conditionem non impleri, fiat, quo minus impleatur, perinde haberi ac si impleta conditio fuisset.* Quod ad libertatem et legata, et ad heredum institutiones producitur. Quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator conditioni pareat.

m) Denn im ersten Fall handelt der, welcher sie gesetzt hatte gegen seine oben bemerkte Verbindlichkeit.

sie ohne Hülfe den Eintritt der obligatio so lange, bis ausgemacht ist, daß das Untersagte nicht eintreten kann n).

II. **Resolutiv-Bedingungen, welche einer Handlung unter den Lebenden als mögliche oder unmögliche hinzugefügt werden.** Für sie kann schon nach der Natur der Sache nicht durchgängig gelten was für I. galt: nothwendig müssen hier Modificationen eintreten. Die Frage, ob das Rechtsgeschäft selbst auf irgend eine Weise durch die hinzugesetzten Bedingungen leide, kann schon gar nicht aufgeworfen werden, mögen sie mögliche oder unmögliche seyn, affirmativ oder negativ hinzugefügt werden. Man kann nur fragen, in wie fern sie auf die Wiederaufhebung des Rechtsgeschäfts Einfluß haben können?

Daß alle und jede mögliche Bedingungen hier respectirt werden müssen, versteht sich, nur in Ansehung der unmöglichen können Zweifel entstehen. Gesetzt, es wäre einem völlig abgeschlossenen und vollzogenen Kaufcontract diese Bedingung hinzugefügt worden: si emtor digito coelum attigerit fundus inemtus esto, oder der Kauf solle nur fortdauernd bestehen, wenn der Käufer den Titius todtschlagen würde, oder er solle rückgängig werden, wenn er bey seiner Stiefschwester schlafen würde. Klar ist es wohl, daß wenn physisch sowohl als moralisch-unmögliche Bedingungen affirmativ gesetzt worden sind, solche als nicht gesetzt betrachtet werden müssen. Aber wenn sie negativ hinzugefügt worden sind. Sollte sich da aus dem oben angeführten Grunde nicht auch behaupten lassen, die conditio komme wenigstens nicht in Betracht, indem sich der Käufer von der Begehung des Verbrechens nicht durch die Aussicht auf das Behalten der Sache, sondern schon durch seine Pflicht abhalten lassen müs-

n) Von Ueberlieferung des Versprochenen gegen Cautionsleistung ist, wenigstens nach dem Römischen Recht, keine Rede.

sen. Sein Zuwiderhandeln der Bedingung habe daher nicht den Verlust der Sache zur Folge. Die richtigste Analogie würde das auch ohne Zweifel seyn, wenn nicht zu erwägen stünde, daß hier nicht sowohl vom Erwerben als vielmehr vom Verlieren die Rede ist, und daß die conditio gewissermaaßen den Character der Strafe annimmt. Diese Rücksicht veranlaßt mich, der conditio volle Kraft und Wirkung beyzulegen o).

III. **Suspensiv-Bedingungen, welche einer Handlung des Todes wegen als mögliche oder unmögliche hinzugefügt werden.** Für sie gelten diese Sätze: 1) **unmögliche** Bedingungen, welche einer Handlung des Todes wegen hinzugefügt worden sind, seyn sie **physisch** oder **moralisch unmögliche**, sey die Hinzufügung ferner **affirmativ** oder **negativ** geschehen, werden für nicht hinzugefügt angesehen p). Es gilt gleich, ob von Erbenseinsetzungen,

---

o) Ich glaube also doch gegen **Thibauts** (Pandecten-Recht Th. 1. §. 125) Behauptung den Unterschied zwischen Suspensiv- und Resolutiv-Bedingung hier eintreten lassen zu müssen. Denn der Grund, warum die conditio maleficium ne fiat nicht als Compelle für die Erwerbungen gebraucht werden darf, findet hier keine Anwendung. Oder wir müssen annehmen *Dig. II*, 14, *L.* 7, §. 3. (Siehe not. *k*) rede ganz allgemein, gegen welche Annahme doch die klaren Worte „promissum est" streiten. Bey einer solchen Annahme würden wir auch mit den Gesetzen, welche Stipulationen einer Strafe für den Fall der begangenen gesetzwidrigen Handlungen erlauben, in sehr große Collision gerathen. Es ist aber ganz gleichgültig ob man stipulirt: wenn du ein Verbrechen begehst, sollst du das erkaufte Grundstück zurückgeben, oder wenn du rc. sollst du 100 Rthl. zu bezahlen schuldig seyn. Der Unterschied bleibt bloß, daß im erstern Fall eine Resolutiv-Bedingung vorhanden ist, die im letztern Falle nicht existirt.

p) Die Rechtshandlung bleibt hier also gültig. *Instit. II*, 14, §. 10. *Impossibilis conditio* in institutionibus et legatis nec non in fideicommissis et libertatibus *pro non scripta habetur.* Uebrigens werden den moralisch-unmöglichen

oder nur von Zuwendungen unter dem Titel eines legats, Fideicommisses u. s. f. die Rede ist. Die ratio der Verschiedenheit der Grundsätze bey Handlungen des Todes wegen ist hier allein in der Erhaltung der letzten Willensverordnungen zu suchen, die sich die Römer so sehr angelegen seyn ließen: eine consequentere Gesetzgebung würde theilweise den Disponenten für verrückt und seine Disposition für ungültig erklären müssen. 2) Mögliche Bedingungen, selbst die schwersten (es sey denn, daß sie als relativ-unmögliche Bedingungen betrachtet werden könnten, welche, der Erblasser mochte die relative Unmöglichkeit wissen oder nicht, den absolut-unmöglichen Bedingungen gleich geachtet werden q), müssen erfüllt werden, wenn der Begünstigte die Begünstigung erhalten

---

hier noch namentlich alle conditiones derisoriae gleichgestellt *Dig. XXVIII*, 7, *L.* 27. *Dig. XXXII*, *L.* 113. §. *ult. de leg.* 3. Die Bedingung, eine unanständige Heyrath (wohin wohl nicht die unstandesmäßige zu rechnen seyn dürfte) einzugehen, oder nach dem Gutbefinden eines Dritten zu heyrathen (*Dig. XXXV*, 1, *L.* 28, §. 63, und *L.* 71 §. 1. u. s. f. Es ist hier nicht der Ort, die Lehre von Bedingungen weder in Beziehung auf Handlungen unter den Lebenden noch in Beziehung auf die des Todes wegen im Detail durchzugehen, sondern es kommt hier allein auf die Begründung allgemein durchgreifender Prinzipien in der Lehre von Conditionen an. Ich bemerke nur, daß die Subtilitäten, welche in dieser Lehre für die Handlungen des Todes wegen aufgestellt worden sind, für die Handlungen unter den Lebenden nichts taugen, sondern in Ansehung dieser sich alles viel reiner macht.

q) Die verschiedenen Meinungen siehe in Höpfners Comment. §. 491. not. 3. der Weberschen Ausgabe. An einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung fehlt es über den Fall, denn auch *Dig. XXVIII*, 7, *L.* 6. welche als die Hauptstelle angeführt wird, spricht gar nicht von einer relativ-unmöglichen oder unmöglichen, bloß Bedingung mit Hinsicht auf die Person des Begünstigten. Allein aus dem allgemeinen Prinzip der unmöglichen Bedingungen für Handlungen des Todes wegen läßt sich der Fall sehr gut entscheiden.

soll [r]). Sie werden jedoch in gewissen Fällen für erfüllt angenommen, nämlich 1) wenn die Bedingung eine Leistung oder ein Factum zu Gunsten eines Andern enthielt, wozu sich der Begünstigte zwar bereit fand, jener aber sich die Leistung oder das Factum nicht gefallen lassen wollte. 2) Wenn der Tod desjenigen, zu dessen Gunsten die Bedingung hinzugefügt worden war, deren Erfüllung unmöglich macht, vorausgesetzt, daß die Erfüllung in der alleinigen Gewalt desjenigen stand, dem die Bedingung vorgeschrieben war, und der Andere bey der Erfüllung gar keine Stimme hatte [s]). Daß

---

r) *Inst. II*, 17, §. 2.

s) *Dig. XXXV*, 1, *L.* 31. Nam cum uni ita legatum sit: *Titio si Sejam uxorem duxerit, heres meus centum dato*; siquidem Seja moriatur, defectus conditione intelligitur: at si ipse decedat, nihil ad heredem suum eum transmittere, quia morte ejus conditio defecisse intelligitur. Utroque autem vivente, si quidem ipse nolit uxorem ducere, quia ipsius facto conditio deficit, nihil ex legato consequitur. Muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei debetur. — *Dig. XXVIII*, 7, *L.* 23. — — Plerumque enim haec conditio, *si uxorem duxerit*, *si dederit*, *si fecerit*, ita accipi oportet, quod per eum non stet, quo minus ducat, det aut faciat. Durch das „plerumque" wird angedeutet, daß das Gesagte zwar die Regel sey, aber die Regel doch auch ihre Ausnahmen haben. Eine Ausnahme enthält schon *XXXV*, 1, *L.* 31. nämlich „si Seja moriatur, si ipse moriatur" in beiden Fällen stand es doch nicht bey dem, welcher die Seja heyrathen sollte, daß er sie nicht heyrathete. Aber starb er selbst, so war es ja noch nicht klar, ob er die Bedingung erfüllen wollte, und starb Seja, so blieb es ja auch noch die Frage, ob sie sich die Bedingung erfüllen lassen wollte. Mit diesen Gesetzstellen ist nun sehr wohl vereinbar *Dig. XXX*, *L.* 54, *legat.* I. — — „Si mors impedisset manumissionem, cum tibi legatum esset, cum manumisisses, nihilominus tibi debetur legatum, quia per te non stetit, quo minus perveniat ad libertatem. Denn in diesem Gesetz wird eine reine conditio potestativa vorausgesetzt, nach deren Erfüllung der Andere, zu dessen Gunsten die Bedingung gesetzt war, nicht gefragt zu werden brauchte. Vollen Aufschluß

wenn der Disponent die Erfüllung der Bedingungen muthwillig hintertreibt, sie für erfüllt geachtet werden muß, versteht sich auch hier von selbst, so wie auch wenn der Disponent nach errichteter Disposition etwas unternommen hat, wodurch die Erfüllung der Bedingung unmöglich gemacht wird [t]).

IV. **Resolutiv-Bedingungen, welche einer Handlung des Todes wegen als mögliche oder unmögliche hinzugefügt wurden.** So weit sie überall hier zulässig sind (siehe Seite 95) muß in Ermangelung besonderer gesetzlicher Vorschriften eben das gelten was oben II. bey Handlungen unter den lebenden, wenn diesen solche Bedingungen hinzugefügt wurden, gesagt worden ist. In so fern sie jedoch mögliche Bedingungen sind, und affirmativ hinzugefügt worden sind, dürften hinsichtlich der Frage, in wie fern sie nothwendig zu erfüllen und ob sie für erfüllt anzunehmen, nach der Analogie dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, welche III. bey den Suspensiv-Bedingungen vorgetragen worden sind.

Nach dem bisher Gesagten bleibt also in der Lehre von Bedingungen der Unterschied zwischen Suspensiv- und Resolutiv-Bedingungen allemal der erste Hauptpunct. Der

---

darüber giebt *Dig. XXVIII, 7, L.* 11, nach welchem Gesetze es bey der conditio potestativa mixta, d. h. bey der Bedingung, deren Erfüllung nicht allein in der Gewalt des Belästigten, sondern zugleich in der des Begünstigten steht, alles allein darauf ankommt, daß der Eine noch leisten und der Andere annehmen konnte, der Erste auch leisten wollte, der Letztere aber die Leistung ausschlug oder behinderte. Bey der reinen conditio potestativa hingegen kommt es allein darauf an, daß der Belästigte noch leisten konnte und wollte, ein Zufall aber dazwischen trat, der die Erfüllung der Bedingung unmöglich machte. Bey der reinen Casual-Bedingung kann der Zufall nicht in Betracht kommen, weil die Bedingung selbst ja bloß auf den Zufall gestellt ist. Schott *Opusc.* n. 9.

t) *Dig. VII, 7, L.* 2.

zweyte Hauptpunct ist der Unterschied zwischen Handlungen unter den Lebenden und des Todes wegen. Der Unterschied zwischen möglichen und unmöglichen Bedingungen, und die Art ihrer Hinzufügung, erscheinen als jenen beiden Puncten untergeordnet. Eine umgekehrte Darstellung der Dinge muß nothwendig Verwirrung zur Folge haben, oder doch dem Ueberblick des Ganzen schaden.

§. 142.

Ueber das Wesen des modus und seinen Unterschied von der conditio resolutiva insbesondere hat von jeher eine große Verschiedenheit der Meinungen Statt gefunden. Ausgemacht setzen beide, die conditio resolutiva sowohl als der modus, (in so fern man ihn mit der condit. resol. vergleicht) ein gleich mit der Abschließung vollgültiges und auch gleich in seine Kraft und Wirkung tretendes Rechtsgeschäft voraus. Beide kommen auch darin mit einander überein, daß wenn geschieht, was nicht geschehen soll, Rückforderung des Gegebenen Statt finden kann. Indeß ist doch zwischen beiden ein himmelweiter Unterschied vorhanden, den man am besten so bemerkt. Der modus ist theils eine einer Rechtshandlung von dem, der sich darin zu etwas verbindet, oder dadurch etwas auf einen Andern überträgt, hinzugefügte Bestimmung darüber, zu welchem Zweck das Versprochene oder bereits Gegebene angewendet werden soll, theils aber auch nur eine bloße Aufgabe, etwas zu thun oder zu lassen, und Andeutung einer Absicht. Wie man insbesondere den Zweck andeutet ist gleichgültig, wenn nur die Andeutung so geschieht, daß alles darüber klar vorliegt. Man kann nicht sagen, der modus sey mit der Resolutiv-Bedingung ein und eben dasselbe, auch nicht, er begreife versteckt eine conditio resolutiva in sich, denn das Wesen der conditio resolutiva besteht in der Hinzufügung eines künftigen ungewissen Umstandes,

von welchem die Fortdauer des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht wird. Man kann nur behaupten, es treffe auch wohl beym modus ein, was eine Folge der Resolutiv-Bedingung ist, aber es giebt gar viele Dinge, die dieselben Folgen und Wirkungen haben, und doch gar sehr in ihrem Wesen von einander unterschieden sind.

Vors erste wird wohl bey dem hinzugefügten modus zwischen generellem und speziellem Zweck (Aufgabe und Absicht) unterschieden werden müssen, oder besser zwischen unbestimmt und bestimmt ausgedrückten. Wenn A dem B 1000 Rthlr. giebt mit der hinzugefügten Bestimmung, daß das Gegebene zu seiner Unterstützung dienen soll, so haben wir einen unbestimmt ausgedrückten Zweck. Giebt A der B zu ihrer Ausstattung 1000 Rthlr., so ist ein bestimmt ausgedrückter Zweck vorhanden. Mag dort der B das Gegebene anwenden wie er will; es ist im Allgemeinen zu seiner Unterstützung gegeben worden. Hier hingegen soll der Empfänger es zu einem bestimmten Zweck verwenden.

Hiernächst wird zu unterscheiden seyn, ob zu einem Zweck etwas schon wirklich gegeben oder nur versprochen worden ist. Die Rechtsverhältnisse müssen sich hier gar verschieden machen. Denn im ersten Fall erscheint bloß die Erfüllung des Zwecks als die Pointe, im letzteren Fall auch der Zustand, unter dessen Voraussetzung nur der Zweck erfüllt werden kann, d. h. im letzteren Fall frägt es sich nicht allein nach der Erfüllung des Zwecks, sondern auch nach der Lage und den Umständen, in welcher und unter welchen der Zweck erfüllt werden kann, und der daher entspringenden Berechtigung das Versprochene zu fordern.

Eine dritte Berücksichtigung wird hier die Art und Weise abgeben müssen, wie der modus einer Rechtshandlung hinzugefügt worden ist. Er kann nämlich unstreitig rein, auch in Form einer Bedingung hinzugefügt

werden. Im letztern Fall geht die Theorie des modus in die der Bedingungen über, und wird von ihr so absorbirt, daß die Theorie der Bedingungen allein entscheidet. Man kann für einen solchen Fall den modus nicht mehr mit der Resolutiv-Bedingung vergleichen, man muß ihn vielmehr mit der conditio überall zusammenstellen, und kann so der modus bald als Suspensiv- bald aber auch als Resolutiv-Bedingung erscheinen. Z. B. A schenkt dem B 1000 Rthlr. mit der Erklärung, daß sie zu seinem bevorstehenden Etablissement dienen sollen, würde er sich aber nicht etabliren, so soll das Geld als nicht geschenkt betrachtet werden. Oder A verspricht der B 1000 Rthlr. als Brautschatz, wenn sie sich verheyrathen würde.

Es scheint beym ersten Anblick eine wahre Ungereimtheit zu seyn, zwischen den Fällen unterscheiden zu wollen, wo A der B 1000 Rthlr. zum Brautschatz, und wo er ihr 1000 Rthlr. zum Brautschatz verspricht, wenn sie sich verheyrathen würde. Der ausdrückliche Zusatz: wenn ꝛc. scheint stillschweigend auch in dem simplen Versprechen zum Brautschatz zu liegen. Und doch ist diese scheinbare Ungereimtheit nicht nur wirklich keine, sondern die Gesetze halten auch über den Unterschied so strenge, daß sich darnach die Theorie ganz verschieden bildet. Sogar die Worte, das „damit (ut) und „wenn (si) sollen in Betrachtung gezogen werden. Die dritte Berücksichtigung ist es allein, wovon die Theorie ausgeht und sich bildet, die beiden andern Berücksichtigungen treten sehr zurück. Der sogenannte generelle modus kommt überall nicht in Betracht: der specielle modus allein ist es, dem es hier gelten kann. Ob etwas schon gegeben ist, oder erst versprochen worden ist, kommt bloß in so fern in Betracht, als es der Frage über das Recht zur Leistung gilt.

Eine Stelle, die ich hier für die Hauptstelle halte, ist *Dig. XXXV, 1, L. 80.* „Eas causas, quae protinus agentem

repellunt, in fideicommissis non pro conditionalibus observari oportet, eas vero, quae habent *moram*, cum sumtu admittemus *cautione oblata:* nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, *si* monumentum fecerit, et eum, cui datum est, *ut* monumentum faciat." Die letztere Bestimmung ist hier allein entscheidend. Sie enthält nicht bloß eine Regel für Zuwendungen in einer Handlung des Todes wegen: sie ist vielmehr nur eine Anwendung allgemein für die Rechtshandlungen angenommener Grundsätze auf diesen Fall. Um bey dem Beyspiel vom Monument stehen zu bleiben: derjenige, dem etwas ausgesetzt worden ist, damit er dem Erblasser ein Monument setzen lassen möge, erhält das Ausgesetzte sogleich, und stellt bloß Caution; derjenige hingegen, dem etwas ausgesetzt worden ist, wenn er das Monument setzen lassen würde, erhält erst das Vermächtniß, wenn das Monument gesetzt worden ist. Im letzteren Fall erscheint der modus also als ein suspensiv-bedingter, im ersteren als ein reiner.

Eben dieser Unterschied wird *Cod. VI, 45, const. 2,* einem Rescript des Kaisers Gordians, gemacht. Es soll unterschieden werden, ob bey der fideicommissaria restitutio der hinzugefügte modus als ein reiner, oder als ein bedingter hinzugefügt worden. Im ersten Fall soll die petitio sogleich, im letztern Fall erst post exitum conditionis gestattet werden.

In eben diesem Geiste sind auch die Entscheidungen in andern Gesetzstellen gefaßt. *Dig. XL, 4, L. 17, §. 2.* heißt es „Hac scriptura testamenti: *Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationem reddat*, conditionem libertati non injicere: tamen quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas" Eben so *Dig. c. l. L. 44.* „Maevia decedens servis suis nomine Sacco et Eutychiae et Hirenae sub conditione libertatem reliquit his verbis: *Saccus servus meus et Eutychia et Hirene ancillae meae, omnes sub hac conditione liberi sunto, ut monu-*

mento meo alternis mensibus lucernam accendant, et Solennia mortis peragant. Quaero cum assiduo monumento Meviae Saccus et Eutychia et Hirene non adsunt, an liberi esse possunt? Modestinus respondit, neque contextum verborum totius scripturae neque mentem testatricis eam esse, ut libertas sub conditione suspensa sit, cum liberos eos monumento adesse voluit: officio tamen judicis eos esse compellendos, testatricis jussioni parere." Obgleich hier die Sache als conditio dargestellt wird, so ist doch bekannt, daß beide Ausdrücke auch als synonym gebraucht werden, auch ist aus dem Ganzen sowohl als aus dem gebrauchten „ut" insbesondere klar, daß ausschließend vom modus die Rede ist. Bey dieser Stelle ist noch merkwürdig, daß keiner cautio gedacht wird (etwa weil sie nicht geleistet werden konnte) und bloß dem Richter zur Pflicht gemacht wird, für die Erfüllung des modus zu sorgen.

Für das im letzten Willen sub modo Ausgeworfene hätten wir also eine Regel dahin, daß wenn der modus ein reiner ist, das Zugewendete sogleich geleistet werden muß, gegen Caution jedoch, den modus zu erfüllen, und daß auf jeden Fall der Richter angegangen werden könne, die Erfüllung des modi durch Zwang zu bewirken: bey einem bedingten modus dagegen erst die Erfüllung des modi abzuwarten sey, ehe die Leistung des Ausgeworfenen verlangt werden könne. Es frägt sich jetzt: Findet eben das bey Zuwendungen durch eine Rechtshandlung unter den Lebenden Statt? Es fehlt an gesetzlichen Entscheidungen über die Frage, allein ich glaube ihre unbedingte Bejahung kann nicht zweifelhaft seyn. Denn die Grundsätze von welchen die Entscheidung bey Handlungen des Todes wegen ausgeht sind allgemein durchgreifend: man sieht es ihnen sogleich an, daß sie hier bloß angewendet erscheinen, und nicht bloß für diese Handlungen eigends gebildet sind. Das Versprechen

unter einem reinen modus giebt daher sogleich das Recht, das Versprochene zu fordern gegen Stellung einer Caution, wo solche überall möglich ist, das Versprechen unter einem bedingten modus hingegen ertheilt erst dieses Recht nach erfülltem modus.

Jetzt fragt es sich: was rücksichtlich der Erfüllung des modus Rechtens sey? Schon oben ist bemerkt worden, daß für den bedingten modus alles gelten müsse, was von Bedingungen gilt. Die Lehrsätze von der Erfüllung oder Nichterfüllung der conditio, und den davon abhängigen Folgen, müssen daher auch hier zur Anwendung kommen, nach dem Unterschiede, ob der bedingte modus von einer Suspensiv- oder Resolutiv-Bedingung begleitet erscheint. Zum Ueberfluß wird das Gesagte noch durch *Dig. XXXIX, 5, L. 2, §. 7.* bestätigt [t]). Die Frage kann also nur mit Hinsicht auf den reinen modus überall aufgeworfen werden.

Hier dürfte wohl *Dig. XXIV, 1, L. 13, §. 2.* „Cum quis acceperit, ut in suo aedificet, condici ei id non potest, quia magis donare ei videtur. Quae sententia Heratii quoque fuit; ait enim, datum ad villam exstruendam, vel agrum serendum, quod aliquin facturus non erat is qui accepit, in speciem donationis cadere, (womit ganz *Dig. XXXIX*, 5, *L.* 2, *§.* 7, übereinstimmt) in Verbindung mit den

t) Titio decem donavi ea conditione ut inde Stichum sibi emeret. Quaero, cum homo antequam emeretur mortuus sit: an aliqua actione decem recipiam? Respondit: facti magis, quam juris quaestio est: nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho, condictione repetam: si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis quam conditio dandae pecuniae existimari debebit: et mortuo Sticho, pecunia apud Titium remanebit.

den oben ausgeschriebenen Gesetzen die Entscheidung abgeben. Aus diesen Gesetzen zusammen erhellt, daß von Erfüllung des Zwecks überall nur in so fern die Rede seyn kann, als derjenige, welcher den *modus* setzte, ein Interesse an der Erfüllung desselben hat, für alle übrige Fälle es aber ganz gleichgültig ist, ob der *modus* erfüllt wird oder nicht.

Für den Fall also, wo der, welcher den modus hinzufügte, an der Erfüllung desselben ein Interesse hat, kann daher auch überall nur von cautio de adimplendo modo und richterlichem Zwange die Rede seyn, oder wenn freywillig gleich bey Abschluß des Rechtsgeschäfts gegeben worden, ohne die Caution besonders zu bedingen, von Rückzahlung des Geleisteten, wenn der modus unerfüllt geblieben ist. Hier läßt sich auch nur fragen, wenn der nicht erfüllte modus für erfüllt zu achten sey, und ob überall dabey der Satz gelte, daß etwas was nicht erfüllt ist, für erfüllt zu achten?

Es stehe hier vor allen Dingen die Erinnerung, daß man sich nicht genug zu hüten hat, den modus in die Lehre von der causa hinüber zu spielen [u]). Von der causa gelten ganz andere Grundsätze, wie sich unten zeigen wird. Wir haben nur ein einziges Gesetz, welches über die Sache und auch hier bloß in Beschränkung auf Legate und Fideicommisse entscheidet. Dieß ist *Cod. VI, 45, const. 1.* „In legatis quidem et fideicommissis etiam modus adscriptus pro conditione observatur. Sed si per te non stat, quo minus voluntati testatoris pareas, sed per eum cui nubere jussa es, quo minus id quod tibi relictum est, obtineas, non oberit." Klar ist, daß der modus hier hinsichtlich der

u) Eben so wenig zu sehr in die Theorie der Bedingung. Letzteres scheint zu sehr Glück Commentar §. 336, ersteres zu sehr Thibaut Pandect. Recht Th. 1. §. 130. zu thun.

Frage, in wie fern der nicht erfüllte für erfüllt zu achten, den Bedingungen gleich geachtet werden soll: versteht sich mit Hinsicht auf die den Vermächtnissen hinzugefügten Bedingungen, und was von deren Erfüllung nach dem oben Gesagten gilt. Ein casueller modus muß daher eben so gut schlechterdings erfüllt werden, als eine casuelle Bedingung: eben so wie ein rein potestativer, aber bey dem gemischten modus gilt bisweilen die nicht erfüllte conditio für die erfüllte. Da das, was von den Bedingungen bey Handlungen des Todes wegen gilt, nicht (wie oben gezeigt worden) auf Handlungen unter den Lebenden anwendbar ist, so wird, wenn bey diesen ein modus hinzugefügt worden ist, dessen Erfüllung überhaupt gefordert werden kann, die Frage nach seiner Erfüllung nach den von bedingten Handlungen unter den Lebenden geltenden Grundsätzen beurtheilt werden müssen. So weit läßt sich wohl die Analogie treiben, ohne gegen den Geist der Gesetzgebung zu verstoßen. Man kann sie auch noch wohl weiter treiben und annehmen, daß alles oben von möglichen und unmöglichen Bedingungen Gesagte füglich auch auf den modus anwendbar sey.

Wo überall auf die Erfüllung des modi gedrungen werden kann, und der, welchem der modus aufgegeben war, ihn nicht erfüllen kann, oder nicht erfüllen will, (der nicht erfüllte modus auch nicht als erfüllt betrachtet werden darf), findet nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze Rückforderung des Gegebenen statt v), und zwar so, daß nicht bloß das Geleistete, sondern auch alle Früchte und gezogenen Nu-

v) *Cod. VIII, 55, c. 1.* Si doceas, ut affirmas, nepti tuae ea lege esse donatum a te, ut certa tibi alimenta praeberet: vindicationem etiam in hoc casu utilem eo, quod legi illa obtemperare noluerit, impetrare potes: id est, actionem, qua dominium pristinum tibi restituatur. Nam non solum condictio quidem tibi in hoc casu, id est, in personam actio jure procedit, verum etiam vindica-

zungen mit restituirt werden müssen. — Die Restitution der Früchte und Nutzungen liegt hier gewissermaaßen so in der Natur der Sache, daß es darüber keiner gesetzlichen Vorschrift bedurfte. Die für diesen Fall gesetzlich angeordnete vindicatio utilis, welche sich hier nicht sowohl auf eine Reviviscenz des Eigenthums, als vielmehr auf ein in der Zwischenzeit ruhendes Eigenthum des Gebers gründet, verbürgt sogar die unentgeltliche Zurückgabe desjenigen, was zu der Sache in der Zwischenzeit hinzugetreten ist, in so fern die Accession nicht von dem Besitzer durch seine Kosten hervorgebracht worden war. Denn was durch seine Kosten hervorgebracht worden war, muß ihm natürlich als Besitzer im guten Glauben vergütet werden.

Eine Ausnahme von dem Satze der Zurückforderung würde statt finden müssen, wenn einer Erbeneinsetzung ein modus hinzugefügt worden wäre, weil, wer einmal Erbe ist auch Erbe bleiben muß, und darum auch die Resolutiv-Bedingung bey Erbeneinsetzungen unzulässig ist, es sey denn, daß der Erblasser für den Fall des nicht erfüllten modi bloß eine Rückgabe der Erbschaft als Fideicommiß zugleich angeordnet hätte.

Wir wären nun dahin gelangt, die Tafel des modus vollständig entwerfen zu können. Der einer Rechtshandlung hinzugefügte modus ist:

---

tionem quoque divi principes in hoc casu dandam esse sanxerunt. — Daß die vindicatio utilis bloß für den Fall, von welchem das Gesetz spricht, verliehen worden sey, läßt sich doch auch gar nicht vertheidigen, noch weniger, daß sie wohl gar erst in diesem Gesetze ihren Ursprung finde. Es ist ein Rescript, worin auf eine Anfrage der princeps eigentlich de jure respondirt, und bekannte Sätze zur Anwendung bringt. Der gesetzte modus „ut certa tibi alimenta praeberet" war ein reiner, die in personam actio war ja die gewöhnliche Folge des getroffenen Arrangements, so wie vindicatio utilis die Folge der hartnäckig verweigerten Erfüllung des modus.

I. ein reiner.

1.

Dieser 1) suspendirt **nie** das Recht, und kann daher gegen Anbietung einer Caution de adimplendo modo das Versprochene sogleich gefordert werden, wenn auch die Erfüllung des modi ihrer Natur nach noch so weit hinaus stünde. 2) Die Erfüllung des modi braucht überall nur zu geschehen, in so fern derjenige, welcher ihn setzte, ein Interesse bey der Erfüllung hatte. 3) In Absicht der Frage, in wie fern der nicht erfüllte modus für erfüllt zu achten, treten die Grundsätze von Bedingungen ein. 4) Wird der modus nicht erfüllt, oder kann nicht erfüllt, auch nicht für erfüllt geachtet werden, so findet Zurückforderung des Gegebenen mit allen Nutzungen und Accessionen Statt, nur muß allemal erst der richterliche Zwang (wenn überall die Erfüllung noch möglich ist) versucht werden *w*).

II. ein bedingter oder besser gemischter (compositus ex modo et conditione).

1.

Dieser 1) suspendirt das Recht bis **zum Eintritt** der Bedingung, es sey denn, daß ohne die Ausübung desselben die Bedingung nicht erfüllt werden könnte, und wird 2) durchgehends nach den oben entwickelten Grundsätzen von Bedingungen beurtheilt.

Die Grundsätze von Bedingungen treten hier dergestalt ein, daß auch nicht gefragt werden kann, ob der, welcher den modus gesetzt hatte, ein Interesse bey der Erfüllung desselben hatte oder nicht, eben so wenig als sich bey Bedingungen darnach fragen läßt. Denn der modus wird hier gleichsam durch die Bedingung absorbirt. Hierin liegt jetzt, wegen der auch durch das neuere Recht gemachten Anwendung der Theorie von Bedingungen auf den reinen modus der Unterschied.

---

w) Ich bemerke nochmals zum Ueberfluß, daß wenn diese Grundsätze eintreten sollen, allemal der modus als specieller gesetzt seyn müsse. Bey einem generell gesetzten modus, z. B. zu seinem Fortkommen, zu seiner Unterstützung u. s. f. schließt schon die Natur der Sache ihre Anwendung aus. Der Versprecher oder Geber überläßt es ja dabey ganz dem Gutbefinden desjenigen, dem er giebt, wie er das Gegebene anwenden will. Es kann dabey folglich von Anwendung dieser Grundsätze nur in so fern die Rede seyn, als es der Frage gilt, ob sogleich auf das Versprochene ein

Es wird noch nöthig seyn, das Vorstehende durch einige Beyspiele über den reinen und gemischten Zweck zu erläutern. Dieser Umstand allein ist es, der festgehalten seyn will.

Gesetzt, A verspricht dem B zu seinem Etablissement 1000 Rthlr. oder der B zum Brautschatz eben so viel, oder giebt es beiden gleich, oder vermacht dem A in seinem Testament 1000 Rthlr., um ein Gewerbe damit anzufangen, oder der B 1000 Rthlr., um es ihrem Mann als Brautschatz einzubringen, oder dem B 1000 Rthlr., um ihm ein Monument zu setzen, oder einen Sclaven frey zu geben, oder seine alte Mutter zu sich zu nehmen und zu ernähren, so haben wir für alle diese Fälle einen reinen modus. Verfügt aber A so, daß er dem B 1000 Rthlr. verspricht, wenn er sich etablirt, oder der B 1000 Rthlr. als Brautschatz, wenn sie sich verheyrathet u. s. w., so ist der modus ein gemischter. Schon die Natur der Sache zeigt den bedeutenden Unterschied zwischen beiden Arten des modus. Wenn z. B. einem Frauenzimmer 1000 Rthlr. als Ausstattung versprochen werden, so wird bloß bedingt, daß das Geld zur Ausstattung verwendet, nicht, daß es erst gezahlt werden soll, wenn sie heyrathet. Bedingt dagegen wird die Auszahlung selbst, sobald das Versprechen dahin lautet, wenn sie heyrathen wird.

Recht begründet werde. Die Caution beym modus kann überall nur die Sicherung des Versprechens für den Fall zur Absicht haben, daß der modus unerfüllt bleibt, und die Rückforderung des Geleisteten eintritt. Die Schuldigkeit zur Cautionsleistung läßt sich eigentlich nur dann annehmen, wenn bloß versprochen aber noch nicht geleistet worden ist, und jetzt das Versprochene gefordert wird. War schon geleistet worden, so findet die Sicherstellung nicht anders Statt, als wenn sie namentlich war zur Bedingung gemacht worden, oder wenn hinterher Gefahr für denjenigen, der sub modo geleistet hat, eintritt.

§. 143.

Rechtshandlungen können auch von einer Zeitbestimmung (dies), und einem Bewegungsgrunde (causa), begleitet seyn, und es frägt sich, welches sind die Wirkungen einer solchen Adjection?

Zuerst über die hinzugefügte Zeitbestimmung. So wie beym modus kann auch hier der dies als ein reiner und als ein gemischter dem Rechtsgeschäft hinzugefügt werden. Gemischt ist der dies so oft als er eine conditio in sich begreift. Wie dieß möglich sey, läßt sich erst aus den verschiedenen Fällen übersehen, in welchen die adjectio diei überall vorkommen kann.

Eine Zeitbestimmung kann 1) einem Rechtsgeschäft so hinzugefügt werden, daß davon entweder das Geschäft selbst, oder nur die aus demselben entspringende Leistung abhängig gemacht wird. Das erstere ist der Fall so oft, als von dem hinzugefügten dies überhaupt die Gültigkeit der Rechtshandlung beginnen (z. B. A verkauft dem B sein Haus, aber so, daß der Kaufcontract erst mit dem 1sten Jan. 1818 gelten soll) oder die Fortdauer des Rechtsgeschäfts dadurch ihre Bestimmung erhalten soll (z. B. A räumt dem B sein Haus zur Wohnung ein, aber so, daß mit dem 1sten September 1818 das Recht des B wieder cessiren soll): das letztere hingegen, wenn der dies nur über die Leistung (z. B. A verspricht dem B 1000 Rthlr., die aber erst künftige Ostern zahlbar seyn sollen) oder zugleich Nicht-Leistung (z. B. dem B werden 1000 Rthlr. erst zahlbar an dem Tage versprochen, wo das Schiff zurückkehrt) entscheidet. 2) Die Zeit kann einer Willens-Erklärung als kleinerer oder größerer Zeitraum, und als terminus a quo (z. B. vom 1sten Febr. 1818 an), ad quem (von heute bis zum 1sten Febr. 1818) und intra quem, z. B. zwischen hier und Weihnachten, hinzugefügt

werden. Endlich 3) kann ihre Hinzufügung als dies certus (z. B. am 1sten Jan. 1818, oder im Jahr 1818) sowohl als incertus (z. B. an dem Tage wo das Schiff zurückkehrt, an dem Tage, wo sich Sempronius verheyrathen wird u. s. f.) geschehen.

Von dem Unterschiede zwischen dies certus und incertus geht hier alles aus. Ist eine Zeitbestimmung als dies certus hinzugefügt worden, d. h. muß die Zeit nach dem Laufe der Natur nothwendig eintreten, so arrangiren sich auch nach der Zeitbestimmung die Rechte und Verbindlichkeiten bestimmt, und es kommt allein darauf an, ob das Recht selbst, oder nur die Leistung von der Zeitbestimmung abhängig gemacht worden ist, so wie im ersteren Fall, ob der Eintritt des Rechts, oder dessen Wiederaufhebung davon abhängt. Von dem dies incertus hingegen, wenn er einer im letzten Willen enthaltenen Begünstigung hinzugefügt worden, gilt der Satz: dies incertus conditionem facit ww).

Der dies incertus ist also der gemischte, der dies certus dagegen der reine dies. Es kann keine Frage seyn, daß unter dies incertus jede Zeitbestimmung zu begreifen ist, bey welcher die Frage, ob und wann der dies kommen wird, nicht von dem gewöhnlichen Laufe der Natur, sondern von etwas anderem abhängt, habe es nun der, welchem der dies vorgeschrieben ist, in seiner alleinigen Gewalt, ihn herbeyzuführen, oder hänge solches noch von der Einwilligung eines Andern ab. Man kann nur fragen, wie ist die gesetzliche Bestimmung, daß der dies incertus als conditio betrachtet werden soll, zu verstehen, und kann man diese Bestimmung auch bey Handlungen unter Lebendigen anwenden, wenn diesen ein dies incertus beygefügt worden ist?

---

ww) Dig. XXXV, 1, L. 75.

So viel den ersten Theil der Frage betrifft, ist wohl klar, daß die gesetzliche Regel auf den Fall beschränkt ist, wo Anfang oder Fortdauer des Rechtsgeschäfts selbst von dem dies incertus abhängig gemacht worden sind. Von dem Fall, wo es sich bloß nach der Leistung frägt, kann sie schon darum nicht gelten, weil sich da schon alles von selbst findet. Da aber läßt sie sich nicht anders als so erklären, daß der dies incertus dieselben Wirkungen haben soll, welche die Bedingung hat. Es kommt also darauf an, wie er der Rechtshandlung hinzugefügt worden ist, suspensiv oder resolutiv. Im ersten Fall wird das Rechtsgeschäft nicht eher wirksam, als bis die Bedingung eingetreten ist, im letztern löst sich das bereits wirksame Rechtsgeschäft wieder mit dem Eintritt der Bedingung auf. Alles was oben über die den Rechtshandlungen des Todes wegen hinzugefügten Bedingungen gesagt worden ist, muß auch hier statt finden.

Aber, möchte man fragen, ist es denn nicht der nämliche Fall, wenn dies certus der Rechtshandlung hinzugefügt wurde? Wenn A dem B 1000 Rthlr. verspricht, so daß das Rechtsgeschäft erst von dem 1sten Jan. 1814 als gültig betrachtet werden soll, wird da auch nicht das Recht selbst bis dahin suspendirt u. s. f.?

Allerdings: aber hier ist die Rede von dem, was sich von selbst versteht, und nicht von dem, was durch besondere Festsetzung erst herbeygeführt werden muß. Wird ein dies certus einer Rechtshandlung hinzugefügt, so versteht sich derselbe, wenn nichts weiter bedungen worden ist, nur von der Erfüllung der obligatio, nicht von ihrem Eintritt selbst x) Geschieht hingegen die Hinzufügung eines dies incertus, so wird, weil solcher die Natur einer conditio

---

x) *Dig. XLV, 1, L. 46. pr.*

annimmt, oder vielmehr in der conditio so zu reden eingewickelt ist, die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst bis zu dessen Existenz — also nicht bloß die Erfüllung — hinausgeschoben. Die practischen Folgen sind hier doch gar verschieden, mag man den Satz „conditio existens retrotrahitur ad tempus initii" annehmen oder verwerfen. Das Gesetz will also auf diese Art verstanden seyn: Eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, welche sub die incerto hinterlassen worden sind, sind ganz dem unter einer Suspensiv-Bedingung errichteten Erbens-Einsetzungen und Vermächtnissen gleich zu achten, so, daß das, was von der Erwerbung des Rechts, der Erfüllung der conditio u. s. w. gilt, auch auf sie anwendbar ist, es sey denn namentlich der dies incertus nur für die Fortdauer des Rechts gesetzt worden, wo alsdann aber wieder die Grundsätze eintreten, welche von Resolutiv-Bedingungen bey letzten Willensverordnungen gelten, oder gar nur für die Erfüllung, wo sich nach den Grundsätzen von bedingten Erfüllungen alles von selbst findet.

Viel mehr Schwierigkeiten hat die Beantwortung des **zweyten** Theils der Frage, besonders wenn man bedenkt, wie wichtige Abweichungen von der Regel bey Handlungen des Todes wegen hinsichtlich der Bedingungen Statt finden. Der Satz „dies incertus conditionem in testamento facit" steht zwar so ziemlich isolirt da, aber er steht doch in einem Titel, worin allein von den Adjectionen bey letzten Willensverordnungen die Rede ist, und es scheint aus allen Umständen hervorzugehen, daß er nur darauf allein bezogen werden soll. Es kommen oben Fälle vor, wo Verfügungen der Gesetze, welche nur eigentlich auf letzte Willensverordnungen gehen, auch auf Handlungen unter den Lebenden bezogen worden sind; aber es ist dabey zu bedenken, daß jene Verfügungen nach der höchsten Wahrscheinlichkeit von allgemeinen Prinzipien ausgingen, und hier nur angewandt erschienen. Aber

in dem vorliegenden Fall scheint die Allgemeinheit des Prinzips, worauf sich die Entscheidung gründet, doch zu fehlen.

Gleichwohl glaube ich mit den stärksten Gründen vertheidigen zu können, daß das, was in besonderer Beziehung auf die letzten Willensverordnungen vorgeschrieben worden ist, auch von Handlungen unter den lebenden gelten müsse. Die Entscheidung ist nämlich aus der Natur der Sache hergenommen, so daß sich unmöglich behaupten läßt, die Römer hätten für Handlungen unter den lebenden andere Grundsätze aufgestellt. Wird nämlich einer Rechtshandlung ein dies incertus hinzugefügt, so daß nicht namentlich die Erfüllung der obligatio oder die Fortdauer des Rechts davon abhängig gemacht wird, so bleibt für den gesunden Menschenverstand nichts übrig, als ihn von der Suspension des Rechts selbst, zu verstehen. Was also in besonderer Beziehung auf Handlungen des Todes wegen verordnet worden ist, muß sich bey Handlungen unter den lebenden aus natürlichen Gründen und von selbst finden, ohne daß man sagen kann, es sey aus der einen Lehre in die andere übertragen worden.

Ich würde dem zu folge die Tafel über die adjectio diei so entwerfen.

Der dies wird ohne weitere Bestimmung darüber, ob er als ein dies für die Wirkung des Rechtsgeschäfts selbst oder nur für die Erfüllung gelten soll, auch nicht als etwas das gültige Rechtsgeschäft wieder auflösendes, hinzugefügt und zwar

entweder

als certus	oder als incertus.
1.	1.
Für diesen Fall wird das Recht sogleich begründet und muß nur der Eintritt des	Für diesen Fall wird das Recht bis zum Eintritt der Bedingung suspendirt, ohne Un-

dies erst abgewartet werden, ehe die Erfüllung der obligatio verlangt werden kann *x*).

terschied, ob einer Handlung unter den Lebenden oder einer letzten Willensverordnung der dies war hinzugefügt worden, und treten überhaupt alle Grundsätze ein, welche oben von bedingten Rechtsgeschäften aufgestellt worden sind, zugleich mit den dort zwischen Handlungen unter den Lebenden und des Todes wegen gemachten Unterschieden.

Hiernach läßt sich nun auch leicht die Frage beantworten, in wie fern der bey den Practikern geläufige Satz: dies non remoratur obligationem seine Richtigkeit habe. In der Allgemeinheit genommen, in welchem man ihn gewöhnlich braucht, ist er offenbar falsch. Auf den dies certus beschränkt, hat er seine Richtigkeit, vorausgesetzt, daß sich nach den näheren Umständen annehmen läßt, der hinzugefügte dies gelte bloß der Erfüllung der obligatio, nicht ihr selbst. *Dig. L. 16, L. 123.* heißt es „*Cedere* diem significat incipere debere pecuniam: *venire* diem significat eum diem venisse quo pecunia peti possit. Ubi jure quis stipulatus fuerit et cessit et venit dies: ubi *in*

y) Eine nur scheinbare Abweichung von diesen in *Dig. XLV*, 1, *L.* 46. *pr.* und *L.* 16, *L.* 123. mit höchster Bestimmtheit anerkannten Satze scheint *L.* 72, §. 1. *eod.* zu enthalten, worin es heißt: *si quis ita stipulatus sit, si ante Kalendas Martias primas opus perfectum non erit, tum quanti id opus erit tantam pecuniam dari?* diem promissionis *cedere*, *non ex quo* locatum est opus, sed *post Calendas Martias:* quia nec conveniri ante Kalendas Martias reus promittendi poterat. Hiernach scheint der dies obligationis nicht eher zu cediren als bis auch der dies der Erfüllung herangerückt ist. Aber es ist zu bedenken, daß hier schon die Natur der Sache eine Ausnahme von der Regel macht.

diem, *cessit* dies sed nondum *venit:* ubi sub conditione, *neque cessit* neque *venit dies*, *pendente* adhuc conditione." Diesem Gesetz braucht man nur noch hinzuzusetzen, daß das vom die Gesagte einen dies certus voraussetze, und wo nicht besonders die cessio diei von der Existenz des dies abhängig gemacht worden, und daß der dies incertus als Suspensiv-Bedingung zu betrachten sey, und man hat die Lehre vollständig.

§. 144.

Es ist schon oben bemerkt worden, daß von der causa oder dem Bewegungsgrunde zu einer Willenserklärung hier nur überall in so fern die Rede seyn könne, als solche bey der Rechtshandlung ausdrücklich und bestimmt hinzugefügt wird. Der nicht ausgedrückte, oder doch nicht bestimmt ausgedrückte Bewegungsgrund scheint darum überall nicht in Betracht zu kommen, weil bey einem Rechtsgeschäft keine adjectio animo zurückbehalten werden darf. Ist bey einer Rechtshandlung der Bewegungsgrund ausdrücklich und bestimmt hinzugefügt worden, und erscheint überdieß als eine wahre causa, nicht als bloße demonstratio und Voraussetzung oder Annahme, so läßt sich erst nach seinem Einfluß auf die Rechtshandlung fragen. In den Gesetzen werden bloße Demonstrationen, Annahmen und Voraussetzungen deutlich von der causa unterschieden, und nur in so fern in Anschlag gebracht, als sie eine nicht zu hebende Ungewißheit in der Disposition veranlassen [z]).

So wie der modus und der dies, so kann auch die causa rein und mit einer conditio verbunden erscheinen. Der letztere Fall macht hier aber gar keine Schwierigkeit, wenn die conditio eine wahre juristische, d. h. auf die Zukunft,

---

z) *Dig. XXXV*, 1, *L.* 17. *pr.* §. 1.

nicht auf die Vergangenheit bezogene ist, weil alsdann neben den Grundsätzen von der causa noch die Grundsätze von Bedingungen in ihrem ganzen Umfange eintreten. Bezieht sie sich auf die Vergangenheit, z. B. wenn Titius die ihm aufgetragenen Geschäfte gehörig verrichtet haben sollte, so vermache ich ihm 1000 Rthlr., so ergiebt es sich wieder von selbst was Rechtens ist. Denn wenn gleich eine conditio in praesens oder praeteritum collata keine eigentliche juristische Bedingung ist, so muß sie doch als eine der Willenserklärung hinzugefügte Beschränkung, strenge respectirt werden, es sey denn, daß sie etwas enthielte, was überall nicht in rechtliche Beachtung kommt.

Eigentlich frägt es sich daher hier nur nach dem Bewegungsgrund, den jemand seiner Willenserklärung ohne solche Bedingung und Modalität, also ganz rein, beygesetzt hat. Z. B. ich vermache dem Cajus 1000 Rthlr., weil er sich meiner Angelegenheiten mit größter Sorgfalt angenommen hat: ich setze meine Frau zur Universalerbin ein, weil sie stets die größte Treue gegen mich bezeigt hat u. s. f.

Hinsichtlich der Vermächtnisse ist eine deutliche Entscheidung in den Gesetzen vorhanden, daß falsa causa dem Vermächtnisse keinen Eintrag thun soll, aus dem hinzugefügten Grunde „quia ratio legandi legato non cohaeret." Doch wird dabey bemerkt „plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturum non fuisse." [a]). Die Stelle ist nicht anders als so zu erklären: das Vermächtniß soll als ein legatum purum betrachtet werden, der Legatar soll auch nicht mit dem Beweise, daß die causa adjecta sich in der Wahrheit gründe, beschwert werden, aber ihm soll, wenn er das Vermächtniß fordert exceptio doli entgegen gesetzt werden können, wenn der mit dem Legat Beschwerte den

a) *Dig. l. c. L. 72. §. 6.*

Beweis übernehmen will, daß die causa eine falsa sey, und der Erblasser nicht legirt haben würde, wenn er solches gewußt hätte. In *Cod. VI, 44, const. 1.* werden in den Worten „nisi liquido probari possit, cum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsum solutam sibi pecuniam existimasse" die nämlichen Grundsätze wiederholt [b]). Es kommt also nicht darauf allein an, daß die hinzugefügte causa als falsch nachgewiesen wird, sondern es muß auch noch obendrein dargethan werden, daß der Erblasser nicht würde legirt haben, wenn er sie als falsch gekannt hätte, oder besser, ohne die falsa causa als wahr vorauszusetzen.

Man möchte fragen: wozu diese Schwierigkeiten? wenn jemand seiner Willenserklärung einen Bewegungsgrund hinzugefügt hat, erhellt daraus nicht schon zur Genüge, daß er ohne die causa nicht so würde disponirt haben, als er disponirt hat? Genügt es also nicht, wenn bewiesen wird, daß die causa eine falsa ist, und ist es nicht ein wahrer, dazu belästigender Ueberfluß, noch obendrein zu erweisen, daß der Disponent nicht so würde disponirt haben, wenn er die hinzugefügte causa als falsa gekannt hätte, davon abgesehen, daß sich dieser Beweis schwer führen läßt, ja meistens ganz unmöglich ist?

Es läßt sich freylich nicht in Abrede stellen, daß die Hauptabsicht der Römischen Gesetze auf die Erhaltung der letzten Willensverordnungen gerichtet ist. Indeß lassen sich doch auch noch andere gewissermaaßen in der Natur der Sache und daher tiefer liegende Gründe anführen. Oft genug wird bey letzten Willensverordnungen nur ein Bewegungsgrund hinzugefügt, um die scheinbare Härte der Disposition

b) Das Rescript ist wegen des weggefallenen Rechtsfalls dunkel, man sieht indeß klar, daß von einer im Testamente geschriebenen causa die Rede war, welche als falsch nachgewiesen wurde.

zu mildern. Z. B. der Erblasser will einer fremden, von ihm geliebten Person, mit Uebergehung seiner nächsten Verwandten, alles zuwenden, oder sie doch vor diesen begünstigen; der Erblasser war aber übrigens weit davon entfernt, sich durch den angeführten Bewegungsgrund leiten zu lassen. Oft genug wird in solchen Fällen sogar ein Bewegungsgrund erdichtet. Häufig wird auch nur ein Bewegungsgrund hinzugefügt, weil es die Gewohnheit so mit sich bringt, z. B. der Ehegatte, der dem Andern Alles hinterläßt, beruft sich auf die ihm geleistete Liebe und Treue als Bewegungsgrund. So trifft man endlich hinzugefügte Bewegungsgründe an, bey welchen der Erblasser keine andere Absicht hatte, als jemanden etwas Angenehmes zu sagen, und sich diesen noch besonders noch seinem Ableben zu verpflichten. Dem Erblasser war es für diese Fälle ganz gleichgültig, ob die hinzugefügte causa wahr war oder nicht: er wußte ja oft selbst, daß die causa sich nicht in der Wahrheit gründete. Z. B. B ist dem A 1000 Rthlr. schuldig. A möchte ihm gern eine Summe von 2000 Rthr. versteckt zuwenden, und sagt daher in seinem Testament: weil B die ihm angeliehene Summe von 1000 Rthlr. mir so prompt zurückgezahlt und sich dadurch als ein ehrlicher Mann bewiesen hat, so vermache ich ihm 1000 Rthlr. — Alle diese Rücksichten bewogen die Römer, es nicht allein auf die Nachweisung der falsitas causae ankommen zu lassen, sondern noch obendrein die Nachweisung zu fordern, daß der Erblasser nicht so würde verfügt haben, wenn er die falsitas gekannt hätte.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß hier mehr auf den Geist als auf die Worte der Gesetze (wie durchgehends bey der Gesetzerklärung) gesehen werden muß. Demnach müssen denn die Umstände und Verhältnisse in genaue Erwägung gezogen werden. Irre ich nicht, so dürfte der

practische Rechtsgelehrte bey der Entscheidung sich folgenden Ansichten hinzugeben haben.

1) Der hinzugefügte Bewegungsgrund ist ein ganz gleichgültiger, so daß man einsieht, der Erblasser habe durch dessen Anführung bloß seine Disposition coloriren wollen. Hier würde die von dem Beschwerten oder durch die Disposition Verletzten gegen die Begünstigung vorgebrachte exceptio doli sogleich zurückzuweisen seyn. Denn wenn auch die falsitas causae nachgewiesen wäre, so würde doch durchaus nicht nachgewiesen werden können, daß der angeführte Bewegungsgrund den Erblasser so zu disponiren bewogen, als von ihm disponirt worden, oder was einerley ist, daß er bloß irrthümlich verfügt.

2) Anders will die Sache genommen seyn, wenn klar erhellt, daß der Bewegungsgrund kein gleichgültiger, vielmehr ein höchstwichtiger und die Verfügung allein leitender war, z. B. der Erblasser bezieht sich auf ihm geleistete Dienste, Liebe und Treue. Oder er sagt: weil Cajus meine Angelegenheiten während einer Reihe von Jahren so redlich besorgt hat, so vermache ich ihm 1000 Rthlr. Die exceptio doli ist hier nicht nur völlig begründet, wenn die falsitas causae nachgewiesen wird, sondern der Begünstigte muß auch der Begünstigung für verlustig erklärt werden, wenn dargethan wird, daß der Erblasser sich in dem Bewegungsgrunde geirrt hat, d. h. etwas als wahr voraussetzte, was nicht wahr war. Es ist nicht nöthig hier noch nachzuweisen, daß er ohne den Irrthum nicht so würde verfügt haben: dieß kann man ohne Beweis annehmen, wenn die causa, welche hinzugefügt ist, dem Erblasser nicht gleichgültig, vielmehr höchst wichtig

tig war. Man kann nicht annehmen, daß die Gesetze diejenigen, welche die Disposition anfechten, mit einem Beweise beschweren wollen, dessen Führung absolut unmöglich ist. Freylich, wenn von Seiten des Begünstigten dargethan wird, daß der Erblasser die falsitas der hinzugefügten causa gekannt, und doch selbige als etwas Wahres hinzugefügt, so ändert sich die Ansicht, und muß angenommen werden, daß er nur seine Disposition dadurch coloriren wollen. Nur dürfte dieser Punct zur höchsten Gewißheit zu bringen seyn: eine Nachweisung, daß der Erblasser große und wichtige Gründe gehabt, die causa für falsch zu halten, würde nicht in Betrachtung kommen, weil sich da nicht ausmitteln läßt, ob er überzeugt worden, oder im Irrthume verblieben, und das Verharren im Irrthume in solchem Fall allemal das Wahrscheinlichste ist [c]).

c) Mir ist ein Rechtsfall bekannt, wo der Erblasser in seinem Testament gesagt hatte: Meiner Frau rc., weil sie sich während unserer Ehe nicht nur beständig liebreich gegen mich benommen, sondern auch, was mich besonders bestimmt ihr Bestes zu fördern, mir mit unverbrüchlicher ehelicher Treue zugethan gewesen ist, setze ich zu meiner Universal-Erbin ein. Die Erben traten dagegen auf und bewiesen, daß die Frau mehrere heimliche Ausschweifungen begangen. Die Frau aber führte an, daß ihr verstorbener Mann ihre Verirrungen gekannt, und dieselben nachgesehen habe, sie auch selbst von ihm in einer verdächtigen Zusammenkunft mit einem jungen Manne sey überrascht worden. Allein konnte die Frau nicht den bey ihrem Manne erregten Verdacht ihm ausgeredet haben? Und ließ es sich annehmen, da er den Punct der ehelichen Treue noch so besonders herausgehoben hatte, daß er so würde disponirt haben, wenn er das Gegentheil — die begangene Untreue — gewußt hätte? Wichtig schien nun wohl die Bemerkung der einmal entlarvten Wittwe, daß die Disposition ihres verstorbenen Mannes keinen andern Zweck habe, als sie vor der Welt wieder zu Ehren zu bringen, indeß durfte doch nach der Lage der Sache solche nicht berücksichtigt werden.

Nun können

3) Noch Fälle vorkommen, wo zwar nicht sogleich in die Augen springt, daß der Erblasser durch die hinzugefügte causa allein geleitet worden, so zu verfügen, als er verfügt hat, aber sich doch auch nicht annehmen läßt, daß sie ihm ganz gleichgültig habe seyn können. Diese Fälle sind hinsichtlich der Entscheidung wirklich als die schwierigsten zu betrachten. Von ihnen dürfte das „liquido probari possit — eum non — voluisse, sed errore lapsum" welches in der oben citirten Constitution des Codex vorkommt, recht eigentlich zu nehmen seyn. Die exceptio doli ist hier gegen die Begünstigung zwar zulässig, aber um damit durchzudringen, genügt nicht bloß die Nachweisung der falsitas causae und der daraus zu bildende Schluß, sondern es ist auch noch der klarste Beweis erforderlich, daß der Erblasser, ohne die Wahrheit der causa vorauszusetzen, durchaus nicht so würde verfügt haben, als er verfügt hat. In zweifelhaften Fällen wird hier doch allemal eher für als gegen die Aufrechthaltung der Disposition zu erkennen seyn.

Es frägt sich jetzt, wie es zu halten, wenn einer Handlung unter den Lebenden eine causa hinzugefügt worden, z. B. Cajus schenkt dem Sempronius 1000 Rthlr., weil er seine Geschäfte bisher so redlich besorgt? Lassen sich hier die Grundsätze von letzten Willensverordnungen anwenden, oder sind andere anzunehmen?

Die Gesetze enthalten für den Fall, da einer Rechtshandlung unter den lebenden eine causa hinzugefügt worden ist, auch gar keine Entscheidung. Annehmen zu wollen, alles mache sich hier nach der Erklärung desjenigen, der die causa hinzugefügt hat, weil jeder der beste Ausleger seiner Worte

sey, geht schon darum nicht an, weil sonst jeder auch andere Adjectionen, als modus und dies, nur nach seiner Absicht erklären könnte. Wollen wir, was von Handlungen des Todes wegen gilt, anwenden, so stoßen wir zwar auf dieselben Schwierigkeiten, die sich uns schon oben mehrmals bey einer solchen Anwendung entgegengestellt haben: indeß kommt alles darauf an, ob jene Bestimmungen außer den besonderen Gründen auch noch auf allgemeineren beruhen. Auf jeden Fall ist es besser, sich durch die Analogie, als durch die Willkühr leiten zu lassen. Oben ist gezeigt worden, daß es nicht bloß die Tendenz der Römischen Vorschriften sey, letzte Willensverordnungen aufrecht zu erhalten, sie daher auch keine, uur für letzte Willensverordnungen eigenthümliche, sondern allgemeine, aus der Natur und dem Wesen der Sache geschöpfte Dispositionen zum Grunde legten. Nimmt man davon, was auf die Aufrechthaltung letzter Willensverordnungen gerichtet ist, so bleibt noch genug übrig, was auch auf Handlungen unter den Lebenden gar füglich angewendet werden kann.

Sehr leicht macht sich hier die Sache nach der Analogie auf diese Weise. Ist einer Rechtshandlung unter den Lebenden ein Bewegungsgrund hinzugefügt worden, und wird hernach dem Berechtigten, wenn er fordert, die exceptio doli entgegengesetzt, weil die causa falsa ist, auch die Falsität dargethan, so liegt es an ihm zu beweisen, daß der Andere zur Zeit der Verfügung schon die causa als falsch gekannt und doch hinzugefügt habe, oder daß sie überall nur zum Schein sey hinzugefügt worden. So lange dieser Beweis nicht geführt worden ist, weicht die opponirte exceptio doli nicht: von Vermuthungen für das Eine oder das Andere kann hier nicht die Rede seyn, auch nicht davon, ob die causa eine gleichgültige oder nicht gleichgültige war. Ob die exceptio doli von dem Verpflichteten selbst, oder von seinen Erben

opponirt wird, ist auch ganz gleichgültig: der Rechtsstreit erleidet dadurch keine Veränderung, wenn die Erben auftreten, und entweder für sich einen Rechtsstreit anfangen, oder den von dem Verstorbenen angefangenen fortsetzen. — War bereits das sub causa Versprochene geleistet worden, so macht sich die repetitio auf dieselbe Weise: die repetitio ist hier darum keinem Zweifel unterworfen, weil der Bewegungsgrund immer als ausdrücklich hinzugefügt gedacht werden muß.

Es bleibt noch die Frage zu untersuchen übrig, wie es mit der causa zu nehmen, die sich mit einem modus verbindet? von der mit einer conditio verbundenen ist bereits oben gesprochen worden: eine Verbindung der causa mit einem dies ist aber nicht anders denkbar, als daß die causa zugleich von dem dies ganz verschlungen wurde. Aber die Verbindung der causa mit einem modus läßt sich auf mehrfache Art denken. Z. B. der Erblasser sagt in seinem Testament: ich vermache meiner Schwester 1000 Rthlr., weil ihr die Erhaltung ihres Sohnes auf der Universität aus eigenen Mitteln zu schwer wird: oder weil Sempronius nicht die gehörigen Mittel zum Studiren hat, so setze ich ihm dazu 1000 Rthlr. aus. Der modus ist hier das Studiren, die causa der Mangel der gehörigen Mittel. Gesetzt, die causa ist vollkommen wahr, der modus aber fällt weg, weil die Subjecte, zu deren academischen Unterstützung das Geld legirt war, überall nicht studiren wollen, oder nicht studiren können, treten dann hier noch die Grundsätze vom modus ins Mittel, oder muß der modus ganz unberücksichtigt bleiben?

Die Frage kann wohl nur allein aus den vom modus geltenden Grundsätzen beurtheilt werden. Wenn angenommen werden soll, daß ein eigentlicher modus einem Rechtsgeschäft hinzugefügt worden, so muß die Disposition hauptsächlich auf einen gewissen Zweck gerichtet seyn, nicht nur

nebenher einen Zweck andeuten. Deutet sie bloß einen Zweck nebenher an, so kann man es wohl als Wunsch des Disponenten betrachten, daß der Zweck erfüllt werde, aber nicht auf die Erfüllung des Zwecks dringen. Oft ist es auch dabey dem Disponenten ganz gleichgültig, ob der Zweck erfüllt wird, er will bloß die Absichten des Andern begünstigen, die er voraussetzt, oder deren Erreichung erleichtern. Die oben angedeuteten Vermächtnisse sind wirklich von dieser Art. Ob seiner Schwestersohn, ob Sempronius wirklich studirt, ist dem Erblasser im Ganzen gleichgültig; er setzt bloß voraus, daß sie studieren wollen, und will seiner Schwester die Erhaltung ihres Sohnes auf der Universität erleichtern und dem Sempronius überhaupt das Studiren möglich machen. Auf die Erfüllung des scheinbaren modus kann hier also nicht gedrungen werden, es ergäbe sich denn aus näheren Umständen, daß der Erblasser das Studiren durchaus gewollt, und nur in dieser Hinsicht das Legat gestiftet hätte.

XXI.

Wie weit geht die Freiheit der Adjectionen bey Rechtshandlungen? §. 145. — Bemerkungen über den consensus praesumtus und fictus. §. 146. — Eintheilung und Interpretation der Willenserklärungen. §. 147 — 149.

§. 145.

Es scheint in der Natur der Sache zu liegen, daß jeder, welcher eine Rechtshandlung unternimmt, damit auch nach Gefallen eine Adjection verbinden könne, sey sie eine conditio, modus, dies, oder heiße sie sonst und sey sie welche sie wolle. So ist es auch wirklich; die Frage kann nur seyn, ob solche Adjectionen ohne Unterschied auch respectirt werden müssen. Vors erste versteht es sich von selbst, daß bey allen zweyseitigen Rechtshandlungen auch der andere Theil in die adjectio willigen müsse, wenn sie überall von Wirkung seyn soll, welche Einwilligung indeß schon daraus gefolgert wird, wenn er nichts dawider einwendet. So, mit Bewilligung beider Theile, können auch von Anfang pure abgeschlossene Rechtshandlungen in bedingte umgeschaffen werden, wobey eigenthümliche Rechtsverhältnisse entstehen, wenn hernach die conditio cessirt. — Freye Hand hat man dagegen bey bloß einseitigen Willenserklärungen, z. B. Testamenten, Pollicitationen, aber es erhebt sich zweytens die Frage, in wie fern das Gesetz die adjectio überall bey Rechtsgeschäften als wirksam erlaube. Schon oben ist bemerkt worden, daß eine conditio resolutiva Erbenseinsetzungen nicht wirksam hinzugefügt werden könne: eben daselbst ist gezeigt worden, daß conditiones impossibiles bald nicht als hinzugefügt betrachtet werden, bald das ganze Geschäft über sie zu Grunde geht. Ich habe zugleich gezeigt, daß auch bey der Ehe keine Resolutiv-Bedingung zulässig sey, und man kann generell behaupten, wo die Gesetze die Wiederauf-

hebung eines Rechtsgeschäfts nicht in die Willkühr der Partheyen stellen, desgleichen wo sie keinen Aufschub in der Erfüllung einmal contrahirter Verbindlichkeiten gestatten, da finde auch keine Hinzufügung einer conditio oder eines dies statt. Hier ist eigentlich die Frage, ob es Rechtsgeschäfte gebe, die hinsichtlich ihrer Eigenthümlichkeit überall keine Adjectio zulassen, sondern schlechterdings zuvor abgeschlossen werden müssen; und wenn nun nichts desto weniger eine adjectio dabey vorgekommen, wie es damit zu nehmen?

Daß es bey den Römern solche Rechtshandlungen gegeben, ist nach *Digest. L., 6, L.* 77. „Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem" keinem Zweifel unterworfen [a]). Die Frage ist nur, welche gehörten dahin, (denn ganz deutlich giebt die Stelle nur Beyspiele von solchen Handlungen, zählt sie keinesweges vollständig auf); und gilt das, was hier über die conditio und den dies gesagt wird, auch von allen übrigen Adjectionen?

Die verschiedenen Erklärungsarten der Stelle sind bekannt, von welchen schon darum keine befriedigen kann, weil sie nicht von einem allgemeinen und durchgreifenden Prinzip ausgehen, das doch ganz klar darin zum Grunde liegt. Mag immerhin der Ausdruck actus legitimi in der neueren Latinität seinen Grund haben [b]) (was mir doch noch gar nicht erwiesen zu seyn scheint) so ist doch ausgemacht, daß hier eine ganze Klasse von Rechtshandlunge bezeichnet wird,

---

a) Daß „non recipiunt" und nicht wie die florentina hat, gelesen werden müsse, zeigt nicht bloß der Zusammenhang des Ganzen, sondern ist auch jetzt noch durch andere Gründe erwiesen. Siehe Hugo's civilist. Magaz. B. 3. S. 249.

b) Siehe Hugo's Rechtsgesch. S. 212.

bey welchen die adjectio conditionis et diei durchaus unzuläs-sig seyn soll, daß diese Rechtshandlungen entweder ausschließend actus legitimi genannt worden, oder doch zu den actibus legitimis gehört haben. Die letztere Annahme scheint mir nach dem ganzen Bau der Stelle die vernünftigste zu seyn. Dabey erscheinen mir die angeführten actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem nicht als vollständige Aufführung, auch nicht als zufällig, sondern als absichtlich und vorzugsweise gewählte Beyspiele. Papinian, aus dessen Quästionen die Stelle ist, will eigentlich so viel sagen, diejenigen actus legitimi, welche keine adjectio diei vel conditionis gestatten, als da sind vorzugsweise die mancipatio, acceptilatio etc. werden durch die nichts desto weniger geschehene Hinzufügung in totum vitiirt. Ich glaube, wir haben bey dem Ausdruck „actus legitimi" nicht nöthig auf die Feyerlichkeiten Rücksicht zu nehmen, denen etwa die Rechtshandlungen unterworfen sind: der Ausdruck actus legitimi kommt hier im Gegensatze der actiones legis oder legitimae actiones vor, und bedeutet generell, Geschäfte des juris civilis, so wie actiones legitimae die im jure civili gestatteten Mittel der Rechtsverfolgung bedeutet. Das eigentliche Prinzip zur Beurtheilung der Frage, welche negotia juris civilis denn keine adjectio diei und conditionis zulassen, scheint in dem noch nicht genug beachteten Nachsatze unserer Stelle zu liegen. Nachdem nämlich Papinian das oben Gegebene gesagt hat, fährt er fort „nonnunquam tamen actus suprascripti tacite recipiunt, quae aperte comprehensa vitium adferunt: nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit: quae si verbis nominatim acceptilationis comprehendetur, nullius momenti faciet actum." Wenn bedingt etwas versprochen und das Versprochene auch acceptirt worden ist, die dadurch

gewirkte obligatio aber durch Acceptilation aufgehoben werden soll, so setzt die acceptilatio zwar voraus, daß die Bedingung existiren wird, und hat überall nur unter dieser Voraussetzung Kraft und Wirkung. Aber es darf in der Acceptilation der Voraussetzung keiner namentlichen Erwähnung geschehen, sonst ist sie ohne alle Gültigkeit. Man frägt sich: woher diese Eigenheit bey der acceptilatio, da doch die stipulatio mit und ohne Bedingung geschehen kann. Die Anwort ist, weil die acceptilatio die Stelle der Erfüllung der obligatio vertritt, und so wenig das Erfüllen und nicht Erfüllen sich zusammen denken läßt, eben so wenig läßt sich auch das Acceptiliren und Nichtacceptiliren zusammen denken, welches doch offenbar der Fall seyn würde, wenn man ausdrücklich auf den Fall der existirenden Bedingung acceptiliren wollte. So ein von der Natur der Sache hergenommenes Argument tritt nun zwar nicht durchgehends bey den übrigen in unserer Stelle genannten Fällen ein, aber hier tritt die gesetzliche Verfügung ins Mittel, welche von diesen Geschäften aus Gründen des Staatswohls alle Bedingungen entfernt.

Das Prinzip also, welches unserer Stelle zum Grunde liegt, ist dieses. So oft die adjectio einer conditio oder eines dies entweder schon der natürlichen oder der gesetzlichen Eigenheit des Rechtsgeschäfts zuwider ist, darf sie nicht geschehen, und wenn sie nichts desto weniger geschieht, wird das ganze Rechtsgeschäft dadurch zu Grunde gerichtet, und ist so zu betrachten, als wenn es nicht geschehen wäre.

Ehe hier weiter gegangen und untersucht werden kann, welche außer den in der L. 77. namentlich aufgeführten actibus legitimis noch zu denjenigen gehören, mit welchen die adjectio einer conditio oder eines dies unverträglich ist, wird noch erst zu untersuchen seyn, von welcher conditio und von welchem dies das Gesetz überall zu verstehen ist.

Obgleich die in Frage stehende Stelle ganz allgemein von conditio und dies spricht, so scheint sie doch nur von der Suspensiv-Bedingung und dem dies, welcher der Suspensiv-Bedingung gleich geachtet wird, verstanden werden zu müssen. Denn die dem Hauptsatze beygefügte Erläuterung hat ganz klar allein die Suspensiv-Bedingung zum Vorwurf, auch spricht dafür die Uebergehung anderer Adjectionen als des modus und der causa. Zur Unterstützung dieser Ansicht könnte man auch noch anführen, daß die Stelle in dem Titel der Pandecten de regulis juris steht, in welchem die Compilatoren der Pandecten solche Rechtsregeln aufnahmen, die sie nicht schon gelegentlich hatten anbringen können oder doch nur unvollständig, so daß sie noch ergänzt werden mußten. Von der Resolutiv-Bedingung war aber schon gesagt worden, daß sie bey Erbschaftsantretungen und andern Geschäften unzulässig sey.

Dieser allerdings nicht zu verachtenden Gründe ungeachtet, glaube ich doch, daß das Gesetz nicht nur auch von Resolutiv-Bedingungen, sondern sogar von Adjectionen aller Art zu verstehen ist, in so fern nämlich von solchen Adjectionen der Anfang oder die Fortdauer der Wirkungen des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht wird. Absichtlich scheinen hier die Ausdrücke conditio und dies, beide im weitesten Sinne der Wörter gewählt zu seyn, wo sie alsdann alle denkbare Adjectionen in sich begriffen. Denn von einigen der genannten Rechtshandlungen ist es gewiß, daß sie auch keinen modus und noch vielweniger eine conditio resolutiva zulassen, und von den übrigen läßt sich wegen der Gleichheit des Grundes auch dasselbe wohl behaupten.

Die schwierigste Frage ist nun noch nach den actibus legitimis selbst, welche keine adjectio zulassen? Es ist nämlich oben bemerkt worden, daß die Papinianische Aufzählung keine vollständige seyn könne, sondern bloß Beyspiele ent-

halte, wenn sie auch gleich die wichtigsten Fälle aushebe. So z. B. ist die Abschließung der Römischen Ehe auch eine Rechtshandlung, die keine adjectio der Art, wovon hier die Rede ist, zuläßt, und doch wird sie von Papinian nicht erwähnt. Die Aufzählung der einzelnen Rechtshandlungen hat hier um so größere Schwierigkeiten, als uns die historischen Data abgehen, und ein actus legitimus, der in einer Periode des Staats keine Adjection zuließ, sehr wohl in einer andern eine solche zugelassen haben kann. Annehmen zu wollen, alle sogenannten actus solennes hätten hierher gehört, würde wider die Geschichte, und selbst gegen den klaren Buchstaben der Gesetze laufen. Es bleibt also nichts übrig, als uns auf die in der *L.* 77. namentlich angegebenen actus legitimi, und diejenigen zu beschränken, von welchen wir noch besondere gesetzliche oder geschichtliche Angaben finden, daß sie entweder gar keine adjectio, oder doch die eine und die andere nicht zuließen.

Generell ist zu der Lehre von Adjectionen noch zu bemerken, daß bey keinem Rechtsgeschäft eine Hinzufügung statt findet, wodurch die natürlichen oder gesetzlichen Wirkungen durchaus wieder vernichtet werden, wenn gleich diese Wirkungen beschränkt, und ihr Eintritt sowohl als ihre Dauer von Umständen abhängig gemacht werden können. Wo dem ungeachtet dergleichen Clausuln vorkommen, müssen sie bey Handlungen des Todes wegen als nicht hinzugefügt betrachtet werden: auf Handlungen unter den Lebenden haben sie den nachtheiligen Einfluß, daß es so gut ist, als wären sie gar nicht unternommen worden.

§. 146.

Eigentlich kann der Wille eines Menschen sich nur durch eine deutliche und bestimmte Erklärung juristisch veroffenbaren, mag übrigens diese Erklärung mündlich oder

schriftlich abgegeben werden. Macht es gleich nach **Paulus** die Scriptur nicht allein[c]), so ist es doch keine Frage, daß es ganz gleichgültig bleibt, ob man etwas selbst geschrieben, oder unterschrieben, und im ersten Fall seinen Namen beygefügt habe oder nicht. Es kommt bloß darauf an, daß der Wille bestimmt und ernstlich erklärt worden, d. h. in der Absicht sich zu verpflichten, was bey jeder rechtlichen Verhandlung nothwendig und so angenommen werden muß, daß kein Beweis des Gegentheils statt findet, den Fall ausgenommen, wo man auf das Mitwissen des Andern, mit welchem man verhandelt hat, und darauf sich beruft, daß das Geschäft bloß zum Schein und zur Erreichung gewisser Zwecke unter ihnen abgeschlossen worden. Aber auch der Ausflucht der Simulation darf nur alsdann Platz gegeben werden, wenn der Mitinteressent des Rechtsgeschäfts sie einräumt oder wenn sie im Leugnungsfalle vollständig erwiesen wird, weil, wenn einmal die Charactere eines Rechtsgeschäfts und einer gehörigen Willenserklärung vorhanden sind, auch angenommen werden muß, daß alles ernstlich und in der Absicht sich zu verpflichten, geschehen sey.

Mit der ausdrücklichen Willenserklärung hat es überall keine Schwierigkeit. Bedenklicher ist die Sache mit dem sogenannten consensus tacitus, praesumtus und fictus.

Am richtigsten hat im Allgemeinen wohl unstreitig **Thibaut**[d]) diese drey Arten des Consenses bestimmt, wenn er das Wesen des consensus tacitus in Handlungen, woraus die Einwilligung geschlossen wird, setzt, für den consensus praesumtus aber bloß einen gesetzlichen Schluß aus Gründen, und für den consensus fictus eine bloße gesetzliche Annahme ohne einen solchen Schluß festsetzt. Es ist dabey nur noch

---

c) *Dig. XLIV, 7, L. 38.*
d) Pandect. Recht Th. 1. §. 136.

zu bemerken, daß der sogenannte consensus fictus auch selbst statt findet, wo gerade das Gegentheil der Einwilligung — der Dissens klar am Tage liegt.

Die schwere Frage ist nur nach den Prinzipien von allen dreyen, oder ob man sich mit Hintansetzung derselben bloß auf die gesetzlich ausgedrückten Fälle zu beschränken habe? Das letztere kann nicht wohl, wenigstens nicht allgemein angenommen werden, folglich ist es nothwendig, sich um die Prinzipien zu bekümmern.

Vorläufig frägt es sich, ob aus dem Schweigen bey einer Rechtshandlung unsere Einwilligung gefolgert werden könne? Die Stelle, welche man gemeinhin zur Vertheidigung des Satzes, daß wenn man geschwiegen habe, aus diesem Schweigen eine stillschweigende Einwilligung zu entnehmen sey, anzuführen pflegt, nämlich *Dig. L, 17, L. 142.* „Qui tacet, non utique fatetur, sed tamen verum est, eum non negare" - beweist eher dagegen, als dafür [e]). Eines Theils erhellt gar nicht aus dieser Stelle, wovon eigentlich die Rede ist, von einem Schweigen beym Verhör oder bey einer Rechtshandlung, andern Theils wird deutlich gesagt, daß der Schweigende nicht zugebe aber auch nicht leugne, wenn wir also die Stelle auf den Consens anwenden wollen „nicht consentire aber auch nicht dissentire." Das ist nun offenbar so gut als gar nichts gesagt, denn wenn selbst das Gesetz annimmt, daß aus einem Schweigen keine confessio gefolgert werden könne, so kann auch daraus kein consensus gefolgert werden, folglich ist das Schweigen allein durchaus keine gesetzlich qualificirte Handlung, um daraus eine Einwilligung zu folgern.

---

e) Die Stelle aus dem kanonischen Recht *c. 43. de reg. jur. in 6to* enthält doch nur im Grunde eine Wiederholung desjenigen, was das Römische Recht vorschreibt.

Für einen consensus tacitus würde das bloße Schweigen hiernächst gar nicht genommen werden können, weil zum Wesen derselben immer bestimmte Handlungen gehören, aus welchen der Consens gefolgert wird. Wollte man das Schweigen als Einwilligung betrachten, so müßte man es zum consensus praesumtus rechnen.

Aber auch hieher kann es nicht gerechnet werden, weil nach deutlicher Vorschrift der Gesetze daraus keine Einwilligung geschlossen werden mag, sondern nur ein Zwischending zwischen Consens und Dissens. Die Lehre vom silentium an sich und ohne Begleitung besonderer Umstände muß daher ganz aus unserer Jurisprudenz verbannt werden.

Jetzt nun zu den Bemerkungen über die oben gedachten Gattungen des nicht ausdrücklich erklärten Consenses.

1) Der consensus tacitus setzt zu seinem Wesen bestimmte Handlungen voraus, aus welchen die Einwilligung geschlossen werden mag. Es ist hier zu bemerken, daß Handlungen erfordert werden, aus welchen der gesunde Menschenverstand allein die Einwilligung zu schließen vermag, denn sonst würden die Gebiete des consensus tacitus und praesumtus mit einander confundirt werden. Damit ist übrigens nicht gesagt, daß in den Gesetzen solche Schlüsse nicht vorkommen dürften, es kommt bloß auf den Unterschied zwischen rein gesetzlichen Schlüssen und solchen an, die sich auch schon der gesunde Menschenverstand aneignet. Das Prinzip beym consensus tacitus ist die vollkommne Schlüssigkeit einer bestimmten Handlung, und die Schlüssigkeit innerhalb der Grenzen derselben. Daraus folgen zwey unumstößliche Wahrheiten. 1) Eine zweydeutige Handlung ist überall nicht für den consensus tacitus geeignet. 2) Es ist kein Schluß über die Handlung hinaus zulässig. Aus dem absichtlichen Zerreißen einer bloßen Pfandverschreibung kann

wohl eine remissio pignoris f), nicht aber auch eine remissio debiti geschlossen werden; beides zusammen würde sich nur annehmen lassen, wenn confessio debiti und Ertheilung des Pfandrechts zugleich in einer Urkunde mit einander verbunden wären: auch da würde es noch auf die Umstände ankommen unter welchen das Zerreißen geschehen ist. — Uebrigens dürfen die eine Handlung begleitenden Umstände nicht außer Acht gelassen werden. Von diesem mit dem obigen nicht zu verwechselnden Gesichtspunct aus, können auch zweydeutige Handlungen als unzweydeutige erscheinen. Selbst das Schweigen, das im Allgemeinen oben als eine Sache verworfen worden ist, woraus weder consensus tacitus noch praesumtus entsteht, kann von dem gedachten Gesichtspunct ausgegangen, als bestimmte Handlung erscheinen, aus welcher eine Einwilligung von dem gesunden Menschenverstande geschlossen werden mag. Gesetzt A bittet den B um die Erlaubniß, sein Pferd zu einer Reise brauchen zu können, und läßt es als B dazu schweigt, aus dem Stalle in dessen Gegenwart und ohne seinen Widerspruch abholen, so ist unter den vorgekommenen Umständen über den consensus tacitus des B kein Zweifel: aber das bloße Schweigen auf die Frage würde noch nicht als consensus tacitus betrachtet werden können.

Beym consensus tacitus scheint alles darauf anzukommen, daß eine bestimmte entweder an sich unzweydeutige Handlung vorhanden sey, oder wenn sie zweydeutig ist, doch die Zweydeutigkeit durch sie begleitende Umstände völlig gehoben, und so die unbestimmte Handlung in eine bestimmte verwandelt werde, dergestalt, daß entweder das Einzelne oder das Ganze zu einem vernünftigen Schluß auf die Einwilligung berechtiget. So finden wir auch, wenn wir uns

---

f) Eben so aus der Zurückgabe der verpfändeten Sache. *Dig. II, 14, L. 2.*

nach Beyspielen in den Gesetzen umsehen, allenthalben die Sache dargestellt g).

2) Der consensus tacitus setzt allemal Handlungen voraus, aus welchen die Einwilligung geschlossen wird. Anders ist es mit dem consensus praesumtus. Ueberall ist zwischen beiden dieser wichtige Unterschied. 1) Der consensus praesumtus bedarf zu seiner Annahme gar keiner Handlungen, und wenn sie dabey auch als Bedingung vorkommen, so bedingen sie doch nicht den Schluß auf den Consens. 2) Nicht der gesunde Menschenverstand ist es, welcher hier schließt, es ist recht eigentlich das Gesetz, und wenn man gleich dem Gesetzgeber den gesunden Menschenverstand am wenigsten bey seinen Schlüssen absprechen darf, so kommen doch hier die Einsicht und der Verstand im Allgemeinen nicht so wohl, als vielmehr die Einsicht und der Verstand des Gesetzgebers besonders in Betracht h). Der consen-

g) Man hat sich indeß zu hüten, alle gesetzliche Fälle, wo namentlich der consensus tacitus vorgespiegelt wird, auch für Fälle zu halten, wo er wirklich vorkommt. So gehören z. B. unstreitig mehrere Fälle des sogenannten stillschweigenden Conventional-Pfandrechts besonders der Fall, dessen *Dig. II*, 14, *L.* 4. erwähnt (wobey des consensus tacitus obendrein ausdrücklich gedacht wird) in die Kategorie des consensus fictus oder doch wenigstens des consensus praesumtus. Denn ein bloßer Vernunftschluß reicht nicht zu, um anzunehmen, daß wenn der Miethsmann Sachen inferirt, er solche auch dem Vermiether zum Unterpfande stellen wollen, es läßt sich aus der Illation weiter nichts schließen, daß er sie da in Sicherheit bringen und gebrauchen wollen.

h) Ein schiefer und ganz verkehrter Schluß des Gesetzgebers begründet daher eben so gut einen consensus praesumtus als ein richtiger. Dieser Umstand erhält gerade die Grenzlinie zwischen consensus tacitus und praesumtus, wo überall das Gesetz aus Handlungen schließt. Ist der Schluß ein solcher, dem sich der gesunde Menschenverstand auch ohne Weiteres hingeben würde, so ist die Einwilligung als eine stillschweigende zu betrachten. Fin-

sensus praesumtus läßt sich in einer Gesetzgebung auf doppelte Art denken, entweder so, daß der Gesetzgeber von besondern Prinzipien ausgehend das Daseyn desselben annimmt, oder indem er von allgemeineren Prinzipien ausschreitet. Beide Arten der präsumirten Einwilligung werden im Römischen Recht angetroffen. Die Formuln für die erstere Gattung müssen aus den einzelnen gesetzlichen Annahmen erkannt werden, die für die letzteren heißen: In allen Fällen wo der Dissens der natürlichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit zuwider laufen würde, ist Consens anzunehmen. Eben derselbe ist anzunehmen, wo man etwas geschehen läßt, was man behindern konnte, und behindern mußte [i]). Die Gesetze schließen offenbar hier nur aus allgemeinen Gründen, nicht aus einzelnen Handlungen oder Thatsachen.

3) Der consensus fictus unterscheidet sich hauptsächlich von dem consensus tacitus und praesumtus in der reinen gesetzlichen Annahme eines Consenses, der nicht vorhanden ist, ohne daß weiter das Gesetz auf das Daseyn desselben schließt: oder noch besser, wenn weder ein ausdrücklicher noch stillschweigender noch endlich vermutheter Consens sich nach den

---

Findet hingegen der gesunde Menschenverstand einen Anstoß bey dem Schlusse, so haben wir den consensus praesumtus. Z. B. der Gesetzgeber schließt aus einer zweydeutigen Handlung auf den Consens, wie in mehreren Fällen des stillschweigenden Conventional-Pfandrechts. Die Sache ist doch von höchster Wichtigkeit, denn es würde sich fragen lassen, ob so ein Fall einer Anwendung auf andere Fälle fähig sey oder nicht.

i) Wo sich der consensus praesumtus auf solche allgemeinere Prinzipien gründet, da ist es auch keine Frage, daß man auch alle nicht in den Gesetzen ausgedrückte Fälle nach diesen Prinzipien entscheiden kann, sobald sie nur darunter fallen. Etwas anders ist es, wenn das Gesetz von besonderen Prinzipien ausgeht. Hier, glaube ich, muß der consensus praesumtus auf die gesetzlich ausgedrückten Fälle beschränkt werden, denn man kann nicht wissen, ob der Gesetzgeber in andern ähnlichen Fällen auch so geschlossen haben würde.

oben gelehrten Grundsätzen behaupten läßt, und doch das Gesetz die Einwilligung als vorhanden annimmt, so ist ein consensus fictus vorhanden. Kein consensus tacitus und praesumtus läßt sich denken, so bald der Dissens erklärt worden ist, wohl aber diese Art des Consenses, weil dabey alles allein auf den Ausspruch der Gesetze ankommt, und wenn der Gesetzgeber sich nicht nach Gründen umsah, auf die Einwilligung zu schließen, so hat er auch nicht nöthig sich um den Dissens zu kümmern.

---

k) Zum consensus fictus müssen 1) alle Fälle gerechnet werden, wo das Gesetz einen consentiren läßt, der überall nicht fähig war, seinen Willen zu erklären, z. B. einen Rasenden und Wahnsinnigen, einen Unmündigen u. s. f. wenn auch wörtlich dabey des Consenses als eines präsumten gedacht werden sollte. Der Grund ist, weil ein Consens nicht präsumirt werden kann, wo er überall nicht denkbar ist. Es kommt aber nicht auf die Ausdrücke in der Pandecten-Compilation, sondern auf die Sache selbst an: die Römischen Juristen scheinen hier oft die Sache entweder leicht genommen, oder auch die Ausdrücke als synonym gebraucht zu haben. So z. B. ist der Consens, von welchem *Dig. XXIV*, 3, *L.* 2, §. 2. spricht, offenbar ein consensus fictus. — 2) Die Fälle, wo der Dissens klar vorhanden ist, und doch Consens angenommen wird. Wäre der Dissens nicht vorhanden, und gründete sich der von den Gesetzen angenommene Consens auf das Prinzip, daß der Nichtconsens der natürlichen und gesetzlichen Verbindlichkeit widerstreiten würde; wäre endlich auch der, mit Hinsicht auf welchen Consens angenommen wird, überall fähig seinen Willen zu erklären, so würde consensus praesumtus vorhanden seyn. 3) Endlich gehören zum consensus fictus alle Fälle, wo es allein, und ohne alle weitere Gründe auf die Vorschrift der Gesetze ankommt, daß eine Einwilligung angenommen werden soll.

Da beym consensus fictus überall politische Zwecke und Absichten zum Grunde liegen, so ist es klar, daß hier durchaus keine analogische Anwendung der gesetzlichen Aussprüche auf andere Fälle Statt findet, und man den consensus fictus allein auf die Fälle beschränken muß, in welchen ihn das Gesetz annimmt. Es ist derselbe Fall wie mit dem consensus praesumtus aus besondern Gründen, oder wo der Gesetzgeber aus beson-

§. 147.

Daß man die Willenserklärungen mit Hinsicht darauf, ob die Einwilligung eine ausdrückliche oder stillschweigende ist, in ausdrückliche und stillschweigende eintheilt, mag hingehen, aber das Ganze wird nicht dadurch erschöpft, indem noch die Willenserklärungen übrig bleiben, welche durch den consensus praesumtus und fictus begründet werden. Eine andere Eintheilung, nämlich die in wirkliche und gesetzlich angenommene, wobey man zu den ersteren die ausdrücklichen und stillschweigenden, zu den letzteren aber die präsumirten und erdichteten zählte, würde das Ganze erschöpfen. Der Ausdruck „angenommene" kann um so weniger auffallen, als auch bey den präsumirten Willenserklärungen alles von der gesetzlichen Annahme abhängt.

Frägt man, wie Rechtsgeschäfte durch die Willenserklärung zu Stande kommen, so genügt bey einigen Rechtsgeschäften schon eine einseitige Willenserklärung, bey andern dagegen ist eine mehrseitige erforderlich. Darnach beschränkt sich alles auf einseitige und mehrseitige Willenserklärungen, wobey noch die Rücksicht in Betrachtung kommt, ob die Willenserklärung als Versprechen (promissio) geschah, oder nicht. Durch die Annahme von zwey verschiedenen Arten der Willenserklärungen, als Versprechen und einfache Willenserklärungen scheint hier das Ganze am besten erschöpft werden zu können. Die einzelnen benannten Willenserklärungen als Testamente, Verträge u. s. f. finden dann schon von selbst unter diesen Hauptrubriken ihren Platz.

---

dern Gründen schließt, aus welchen nicht schon der gesunde Menschenverstand zu schließen vermag. Der richterlichen Beurtheitheilung bleibt also bloß der consensus tacitus und der consensus praesumtus aus allgemeineren Gründen überlassen.

Ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten hat die lehre von der Interpretation dunkeler und zweydeutiger Willenserklärungen. Es fehlt darüber an allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen: bloß für die Verträge und Testamente sind einige dürftige Bestimmungen vorhanden. Die Prinzipien, wovon in dieser lehre ausgegangen werden muß, dürften wohl diese seyn. 1) Bey einer ausdrücklichen Willenserklärung, ist der seinen Willen Erklärende selbst der beste Ausleger desselben, so lange nicht Umstände eintreten, die seine eigene Erklärung nicht zulassen. Diese sind a) das Interesse eines Andern, der aus der Willenserklärung Rechte erworben hat. b) Das Interesse des Staats selbst. Für solche Fälle, so wie auch für den Fall, da er selbst nicht mehr vorhanden oder sonst seine eigene Erklärung nicht zu haben ist, tritt die richterliche Auslegung oder die eigentliche Interpretation ein. Bey Verträgen, letzten Willensverordnungen, Renunciationen, Eiden ꝛc. muß daher unstreitig immer die eigentliche Interpretation statt finden. Bey bloßen Versprechen beginnt die eigentliche Interpretation erst mit der Zeit, wo die Erfüllung des Versprechens begonnen hat, weil erst damit zugleich ein Recht und zwar auf die Fortsetzung des Begonnenen begründet wird. So wie früherhin der Versprechende uneingeschränkter Erklärer seines Versprechens war, so bleibt er es auch fortdauernd, in so fern es sich nicht bloß um die Frage handelt, was sich aus dem Beginnen des Versprechens schließen lasse, sondern es bloß der Frage gilt, was außerdem noch vermöge des Versprechens zu leisten sey. — 2) Bey stillschweigenden Willenserklärungen kann nur ausschließend die eigentliche Interpretation statt haben, weil hier die Willenserklärung selbst durch Schlußfolgen aus Thatsachen gefunden wird. Sie erscheint aber eben auch dadurch beschränkter als bey der ausdrücklichen Willenserklärung. 3) Noch mehr ist beides der

Fall bey der gesetzlich präsumirten und erdichteten Willenserklärung. So wie hier die Willenserklärung allein in der Vorschrift der Gesetze beruht, so beruht auch darin zugleich ihre ganze Interpretation.

Man mag also wohl annehmen, die eigentliche Interpretation, oder die, für welche sich Regeln aufstellen lassen, sey beschränkt auf die ausdrücklichen Willenserklärungen in so fern dabey keine uneigentliche oder eigene statt findet. Die folgende Erörterung hat es daher auch lediglich mit derselben zu schaffen.

Die Gesetze enthalten generelle und auch specielle Regeln für die Interpretation, d. h. in Beziehung auf alle Willenserklärungen ohne Unterschied, und in Beziehung auf einzelne Arten derselben *l*).

Zu den allgemeinen Regeln gehört

1) daß in zweifelhaften Fällen immer mehr auf die Absicht des seinen Willen Erklärenden, als auf die Worte, deren er sich bedient hat, Rücksicht genommen werden soll *m*). Eigentlich scheint die Regel doch

l) Daß die Regeln in Beziehung auf einzelne Arten der Willenserklärung in den Gesetzen vorkommen, thut nichts zur Sache, es kommt allein darauf an, ob sie ihrer Natur nach für generelle, oder vielmehr für specielle Regeln gehalten werden müssen. Ueberall müssen wir ja in dem Römischen Recht so viel Allgemeines aus der Anwendung auf einzelne Fälle entnehmen.

m) *Dig. L.*, 16, *L.* 219. In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. — *Dig. L.*, 17, *L.* 168. §. 1. Quod factum est, cum in obscuro sit, ex *affectione* cujusque capit interpretationem. Das letzte Gesetz geht offenbar auf mehrseitige Willenserklärungen, und was man bey dem Rechtsgeschäft von beiden Theilen beabsichtigt hat. Aber wie, wenn sich nun die Absichten einander widersprechen? Hier versteht es sich, daß die Erklärung ein Ende hat, und die Theorie vom dolus, error und so weiter nach Umständen eintritt. Es versteht sich nur von selbst, daß bey der Erklärung die einseitige Absicht nicht berücksichtigt werden darf.

nur für negotia bonae fidei Anwendung finden zu müssen: für negotia stricti juris scheint sie schon darum nicht seyn zu können, weil dabey alles auf das Strengste genommen wurde, wohin auch gehört, daß mehr die Worte als die Absicht berücksichtigt werden. Allein da Ausdruck und Absicht in einer unzertrennlichen Verbindung mit einander stehen, so muß man schon den Satz eben so gut bey negotiis stricti juris als bonae fidei zur Anwendung bringen. Ausdrücklich wird er auch in den Gesetzen auf die Stipulation angewendet. Es ist ein himmelweiter Unterschied zwischen dem, was außer dem Inhalt des Rechtsgeschäfts liegt, als z. B. dolus, error u. s. f. und was darin selbst gegründet ist. Das erstere kommt bey negotiis stricti juris nicht in Betracht, wohl aber das letztere, mag es in den Worten oder in dem Sinn der Verfügung liegen.

2) Wo die Absicht nicht auszumitteln ist, bleibt nichts übrig als bey den Worten und Ausdrücken stehen zu bleiben, deren sich der seinen Willen Erklärende bediente. Diese müssen nach dem herrschenden Sprachgebrauch im Fall mehrseitiger Willenserklärungen, nach dem eigenthümlichen Sprachgebrauche des Disponenten hingegen im Fall nur einseitiger Willenserklärung genommen und verstanden werden. Der Grund dieses Unterschiedes ist einleuchtend. Lediglich darum, und nicht aus besonderer Begünstigung testamentarischer Dispositionen wollen die Gesetze auf den Sprachgebrauch des Erblassers Rücksicht genommen wissen, wenn von Erklärung dunkeler Einsetzungen, Vermächtnisse und anderer testamentarischer Zuwendungen, die Rede ist.

3) lassen auch die gebrauchten Worte eine verschiedene Erklärung zu, so soll die nach den Umständen wahrscheinlichste angenommen werden. Die Gesetze machen dem Richter zur Pflicht, so lange es thunlich ist das Geschäft durch die Erklärung aufrecht zu erhalten, woraus folgt, daß nur alsdann, wenn auch die gebrauchten Ausdrücke durchaus keine vernünftige Erklärung zulassen, das Geschäft über die Dunkelheit zu Grunde gehen kann.

4) Die Frage, wie die Willenserklärung zu nehmen sey, kann die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts selbst, z. B. ob titulo oneroso oder gratuito etwas auf den Andern übertragen werden sollen, auch nur die Leistung und die Art und Weise der Leistung betreffen, z. B. was, in welcher Qualität und Quantität, nach welchem Maaße und Gewicht rc. es geleistet werden soll. Willenserklärungen, in welchen die Eigenschaft des Rechtsgeschäfts selbst dunkel erscheint, muß, so lange nicht aus den Umständen eine ungewöhnliche Deutung erhellt, eine ganz gewöhnliche gegeben werden: in Absicht der Leistung müssen theils die Natur der Sache, theils die Umstände entscheiden, und betrifft die Dunkelheit das Maaß und Gewicht rc., so ist dasjenige anzunehmen, was an dem Orte galt, wo die Willenserklärung geschah. Die Gesetze des Orts, wo das Rechtsgeschäft abgeschlossen oder errichtet wurde, entscheiden ja überhaupt nicht bloß über die Form, sondern auch über die Materie desselben, indem anzunehmen ist, daß die Disponenten, wo sie nicht besonders abgewichen sind, sich die Gesetze und Gebräuche des Orts wo sie disponirten gefallen lassen wollen [n]).

---

n) *Dig L.*, 14, *L.* 34. „Si non appareat, quid actum, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua

Man kann nicht behaupten, das Gesagte gelte nur von dem Falle einer vorhandenen mehrseitigen Willenserklärung; es muß auch von dem einer einseitigen gelten o). Denn der Grund der gesetzlichen Verfügung liegt tiefer als man gewöhnlich annimmt: es ist ein bloß legaler, kein conventioneller Maaßstab, nach welchem hier die Willenserklärung beurtheilt wird.

---

actum est, frequentatur." Die Stelle setzt die Form als etwas, was sich von selbst versteht, voraus, und hat es bloß mit der Materie zu thun. Nicht bloß was aus dem Rechtsgeschäft zu leisten, soll in zweifelhaften Fällen nach den Gesetzen des Orts, wo dasselbe abgeschlossen worden, bestimmt werden, sondern auch wie viel und in welcher Art es zu prästiren. Z. B. 1000 Scheffel Getraide wären bewilligt worden, es wäre aber nicht bestimmt, welches Maaß dabey zum Grunde gelegt werden sollen.

o) Z B. ein Testator hat an einem fremden Orte seinen letzten Willen errichtet, und dem Sempron darin hundert Scheffel Getraide vermacht. Wir wollen setzen, das Maaß dieses Orts verhalte sich zu dem Maaße seines Wohnorts, wie der Dresdner Scheffel zu dem Berliner, so würde der Legatar allerdings 100 Dresdner Scheffel zu verlangen berechtigt seyn, wenn nicht erhellt, daß der Erblasser bloß auf das Maaß seines Wohnorts Rücksicht genommen.

Ich habe behauptet, die gesetzliche Entscheidung beruhe auf allgemein durchgreifenden Gründen, sey also keine allenige Norm für mehrseitige Willenserklärungen, bey welchen die Gesetze darum die Norm angenommen zu haben scheinen, um alle Beschwerde über den Irrthum hinsichtlich des Maaßes und Gewichts auszuschließen. Denn wenn bey der Verschiedenheit des Maaßes und Gewichts und der daraus entspringenden inextricablen Dunkelheit der Willenserklärungen die gesetzliche Norm nicht auch bey einseitigen Willenserklärungen Statt finden sollte, so würden diese sich überall nicht zur Erfüllung bringen lassen. Es ist aber nichts natürlicher, als anzunehmen, daß wenn jemand zwar seinen Willen erklärt, sich aber dabey über die Prästation selbst nicht deutlich ausgelassen, er auf das Rechtliche und Sittliche des Orts, wo er verfügte, dabey Rücksicht genommen habe.

5) Eine eigenthümliche Bestimmung, die auch unstreitig noch zu den generellen Regeln über die Interpretation der Willenserklärungen gehört, enthält *Dig. XLIV, 7, L.* 47. „Arrianus multum interesse ait, quaerat utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur: ubi de obligando quaeritur propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum: ubi de liberando ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.“ Es frägt sich, wie man diese Bestimmung zu nehmen habe: zu den Gemeinplätzen gehört sie gewiß so wenig als zu den beyläufigen, oft nichts sagenden Aeußerungen, die wir auch wohl in der Pandecten-Compilation antreffen.

Sollen durch den Satz die vorstehenden Grundsätze über die Auslegung der Willenserklärungen beschränkt werden, oder was hat er sonst für einen Sinn? Als besondere Regel für den Fall, wo es sich um die Alternative, der Annahme einer obligatio oder der einer liberatio handelt, kann er doch nicht betrachtet werden, weil eine solche Alternative eine absolute Unmöglichkeit ist.

Das „Si habeamus occasionem“ in der Stelle deutet zuvörderst an, daß den oben stehenden Interpretationsregeln gar kein Abbruch geschehen soll. Das Pandecten-Fragment setzt den Fall, wo eine Willenserklärung zwar nicht so dunkel ist, daß sie gar keine Erklärung zuläßt, doch aber so zweydeutig, daß keine der obigen Interpretationsregeln für sie ausreicht, sondern der Richter bloß nach Wahrscheinlichkeit einen bestimmten Sinn annehmen muß. Für diesen Fall unterscheidet es, ob es der Frage gilt, daß jemand durch eine Willenserklärung eine obligatio auf sich

laden, oder der, daß er dadurch eine ihm zustehende Forderung erlassen wollen. Gilt es der ersteren Frage, so soll der Richter eher wider als für die Contrahirung der obligatio, gilt es hingegen der letzteren, eher für als wider die liberatio zu sprechen verbunden seyn. Mehr erscheint also offenbar die Aufhebung als die Contrahirung der obligatio begünstiget.

Die Frage bleibt nur, wie sich dieser Satz mit *Dig. XLV, 1, L. 80.* „Quotiens in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est id accipi, quo res de qua agitur in tuto sit" in Einklang bringen lasse, nach welchem Gesetz doch der Richter deutlich angewiesen wird, eher für als wider die Aufrechthaltung eines Rechtsgeschäfts zu erkennen. Ferner mit einem weiter unten vorkommenden Satze, nach welchem eher wider als für die Verzichtleistung auf ein Recht erkannt werden soll.

Nach meiner Ansicht der Sache läßt sich die Vereinigung nur so treffen, daß man die *L. 80.* als eine allgemeine Anweisung für den Richter betrachtet, das Rechtsgeschäft so lange aufrecht zu erhalten, als es durch eine regelmäßige Erklärung möglich ist; zugleich diejenigen Grundsätze auszusprechen, welche diese Erklärung an die Hand giebt. Für den Fall, daß eine bloß wahrscheinliche Erklärung statt findet, tritt das Prinzip der *L. 47.* ein. — Mit dem Satze, daß eher kein Verzicht als einer auf Rechte angenommen werden könne, läßt sich *L. 47.* eben so vereinigen, nämlich, daß man jenen Satz von der regelmäßigen Erklärung, die *L. 47.* dagegen von der unregelmäßigen oder Erklärung nach bloßer Wahrscheinlichkeit versteht.

§. 148.

Bey den speciellen Regeln über die Interpretation der Willenserklärungen kann man füglich den Unterschied zwischen **Handlungen unter den Lebenden und des Todes wegen** zum Grunde legen.

I. **Besondere Interpretationsregeln für Handlungen unter den Lebenden.** Hieher gehört

1) der Satz, daß wenn die Willenserklärung eine bloße Verzichtleistung auf zuständige Rechte ist, sie in zweifelhaften Fällen strenge und zu möglichsten Gunsten des Disponenten auszulegen sey. — Der Satz gründet sich auf die gesetzliche Vermuthung, daß niemand auf die ihm zuständigen Rechte verzichten wollen: aus ihm folgt, daß wenn es im Ganzen über die Verzichtleistung nicht klar ist, solche überall nicht angenommen werden darf. Ist die Rede von Verzichtleistung auf gesetzliche oder Rechtswohlthaten (beneficia juris) so hat sie überall keine Wirkung, wenn nicht die Rechtswohlthaten, auf welche verzichtet werden soll, namentlich ausgedrückt worden sind. Von einer Interpretation dunkeler Verzichtsleistung kann folglich hier gar nicht die Rede seyn, weil generelle Verzichtsleistungen so betrachtet werden, als wenn sie gar nicht vorhanden wären [p]).

Weiter

2) gehört hierher der auf Vereinbarungen zu beschränkende Satz: interpretatio contra eum facienda est qui

p) *Dig. II*, 11, *L.* 4, §. 4. Bey stillschweigenden Verzichtleistungen giebt sehr natürlich das Factum selbst den alleinigen Grund der Interpretation ab.

clarius loqui potuisset et debuisset, welcher aus einzelnen gesetzlichen Bestimmungen von den Rechtslehrern entlehnt, und in der vorstehenden Allgemeinheit aufgestellt worden ist.

Die Hauptstellen aus welchen der Satz abgeleitet wird, sind diese:

Dig. XLV, 1, L. 95. „Fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere.

Dig. II, 14, L. 39. Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

Dig. L. 17, L. 172. In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est. §. 1. Ambigua autem intentio ita accipienda est, ut res salva actori fiat."

Andere noch hieher gehörige Stellen enthalten bloß eine Anwendung der in diesen Hauptstellen vorkommenden Bestimmungen.

Man sieht soviel ganz klar, daß der Satz, sowohl von der vertragsmäßigen Hauptleistung, als von den Nebenleistungen zu verstehen ist, und daß auch selbst die dem Vertrage hinzugefügten Nebenberedungen nicht davon ausgeschlossen sind. Es frägt sich nur, welches ist der eigentliche gesetzliche Sinn, und drückt ihn der oben angegebene Satz ganz richtig aus.

Im Grunde sind es doch zwey ganz verschiedene Sätze, welche die ausgeschriebenen Gesetze enthalten.

Der eine Satz (*L. 95.*) betrifft generell die durch Stipulation contrahirte obligatio. Sind hier Dunkelheiten vorhanden, so soll die Stipulation für denjenigen, der sich verpflichtet hat, und gegen den,

welcher sich das Versprechen hat leisten lassen, ausgelegt werden. Es ist bloß von dem Umfange der Leistung die Rede, wie aus den Worten „verba late concipere" deutlich erhellt. Wo also, nach allgemeinen Grundsätzen der Interpretation, die Leistung sowohl von einer größeren als geringeren Beschwerung des Verpflichteten genommen werden kann, soll die geringere Beschwerung angenommen, oder vielmehr heraus erklärt werden.

Der andere Satz (*L. 39.* und *L. 270.*) geht **ausschließend** den Kauf und Miethscontract an. In zweifelhaften Fällen soll hier die Erklärung gegen den Verkäufer und Vermiether fallen, weil beide sich deutlicher hätten erklären können. *L. 270.* verordnet noch insbesondere, den dunkeln Kaufcontract so zu erklären, daß die actio des Käufers gehörig gedeckt bleibe, d. h. im Grunde weiter nichts, als den Vertrag so zu erklären, daß er zum Besitz der erkauften Sache gelange.

Man darf hier nicht verwechseln, die Anweisung ein Rechtsgeschäft, **wenn es irgend möglich ist**, so zu erklären, daß es **überall Kraft und Wirkung** äußere, von der **Anweisung**, es **besonders** zum Vortheil eines der **Interessenten** und des **Käufers** und **Miethsmannes** zu erklären. Der erste Satz gehört zu den **generellen**, dieser zu den **speciellen** Interpretationsregeln.

Der Satz „Interpretatio contra eum facienda est, qui clarius loqui potuisset et debuisset" kann in dieser Allgemeinheit gar nichts bedeuten. Denn es muß zuvörderst die Frage entstehen, wer denn bey Verträgen derjenige überall sey, der deutlicher hätte reden können und sollen: hiernächst wird gefragt wer-

den müssen, ob denn der Satz sich von allen Verträgen ohne Unterschied verstehe, da die Gesetze bloß von der Stipulation, dem Kauf- und Miethscontract sprechen. Die Allgemeinheit des Satzes würde also zuvor in die Besonderheit zu verwandeln, und dann zu untersuchen seyn, ob er auf die Besonderheit zu beschränken, oder ihm ein weiterer Spielraum anzuweisen sey.

Klar ist, daß L. 95. nicht auf die Stipulationen, und L. 39. und 172. nicht auf den Kauf- und Miethscontract beschränkt werden dürfen. Die Gründe der Entscheidung liegen tiefer, und erscheinen hier bloß in der Anwendung. Aber es ist unstreitig besser einen Satz, der als Gemeinsatz von jeher so vielen Schaden angerichtet hat, und der an sich ganz etwas Unverständliches, sogar Vernunftwidriges enthält, ganz aufzugeben, und dafür zu den einfacheren Bestimmungen der Römer zurückzukehren.

Es sind im Grunde drey ihrem Wesen nach ganz verschiedene Sätze, die den oben ausgeschriebenen Pandecten-Fragmenten zum Grunde liegen. Sie heißen.

In allen Fällen, wo die obligatio durch **Vereinbarung** contrahirt worden, soll in so fern die Frage den **Umfang** der obligatio betrifft, der Richter schuldig seyn, wenn nach den gewöhnlichen Interpretationsregeln das **mehr** oder **weniger** zweifelhaft bleibt, **eher** für das **Wenigere** als für das Mehrere erkennen, weil derjenige, der sich etwas versprechen ließ, sich hätte deutlicher alles versprechen lassen können und müssen, die Schuld also an ihm liegt, daß solches nicht geschehen ist, und es überall Prin-

zip der Gesetze ist, eher zu absolviren als zu condemniren.

In allen Fällen, wo die Rede ist von vertragsmäßiger oneröser Uebertragung seiner Sachen und Rechte auf den Andern, muß die Erklärung der dunkelen Stellen der Vereinbarung immer gegen den Uebertragenden geschehen, weil er es in seiner Macht hatte, darüber alles genauer zu bestimmen, und es auch bestimmen mußte. — Bey Schenkungen verhält es sich gerade umgekehrt, weil im Zweifel angenommen werden muß, daß jemand so wenig als möglich von dem Seinigen weggeben und aufopfern wollen.

In Fällen endlich, wo es dem Vorbehalt gewisser Rechte bey Abschließung des Rechtsgeschäfts, die man sonst natürlicher Weise eingebüßt haben würde, oder der Ausbedingung gewisser Vortheile gilt, die ohne besondere Vereinbarung nicht gewährt werden dürfen, ist gleichergestalt die dunkele Stipulation immer gegen denjenigen zu erklären, der sich diese Rechte und Vortheile stipuliren ließ.

Das Grundprinzip bey sämmtlichen vorstehenden Sätzen ist nicht sowohl, daß derjenige, gegen welchen interpretirt wird, sich der Natur der Sache nach deutlicher hätte ausdrücken sollen und müssen, sondern weil es die Gesetze so vorschreiben. Denn der Natur der Sache nach kann man von jedem Contrahenten gleiche Pünktlichkeit und Genauigkeit bey einem Contract verlangen.

Wozu aber, möchte man fragen, fordern die Gesetze hier nur eine besondere Genauigkeit bey dem

einen der Contrahenten, nicht auch bey dem andern? Die Antwort ist nicht schwer. Wer sich dem Andern zu etwas verpflichten will, ist nach den Gesetzen verbunden, die obligatio genau zu bestimmen. Eben eine solche genaue Bestimmung ist bey der Uebertragung von Sachen und Rechten auf den Andern vorgeschrieben. Käme nicht die gesetzliche Vermuthung bey Schenkungen dazwischen, so müßte der oben gelehrte Satz von allen Uebertragungen ohne Unterschied gelten. Ein Vorbehalt bey Rechtsgeschäften und die Ausbedingung besonderer Vortheile werden nicht vermuthet, und müssen daher besonders ausgedrückt werden. Die genaue Bestimmung ist hier um so nöthiger, als beide etwas Unregelmäßiges enthalten.

Aus dem Gesagten erhellt, daß die Interpretation zwar in der Regel allemal gegen denjenigen geht, der da leistet, nicht gegen den der empfängt. Bey Gegenleistungen muß sie aber auch eben so gut gegen den Empfänger gehen, und sie kann auch ohne solche sich gegen ihn machen, wenn er nämlich bey der Entgegennahme sich etwas ausbedingt, was wider die regelmäßigen Wirkungen des Rechtsgeschäfts läuft q).

II. **Für Rechtsgeschäfte des Todes wegen.** Für testamentarische Willenserklärungen enthalten die Gesetze noch einige besondere Interpretationsregeln, und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß solche sich auch auf andere Handlungen des Todes wegen anwenden lassen.

1) Vor allen Dingen soll hier auf den Sprachgebrauch des Erblassers Rücksicht genommen, und soll darnach eine

q) Man vergleiche mit diesen Grundsätzen Thibaut Pandect. Recht Th. 1. §. 53. und die von ihm citirten Schriften.

eine dunkele und zweydeutige Willenserklärung von ihm bestimmt werden [r]). Nur alsdann erst, wenn sich darüber nichts ausmitteln läßt: soll der gemeinübliche Sprachgebrauch berücksichtigt werden. Diese Abweichung von den allgemeinen Erklärungsregeln scheint doch ihren Grund in besonderer Begünstigung letzter Willensverordnungen zu haben: ohne dem würde man sie auch für jede einseitige Willenserklärung unter den lebenden anwenden können.

2) So sehr auch der Richter geneigt seyn soll, die in einer letzten Willensverordnung enthaltenen Verfügungen aufrecht zu erhalten, und zu dem Ende auch bey dunkelen Willenserklärungen, Thatsachen aus dem leben des Erblassers, welche ihn darüber Aufschluß geben, herbeyziehen mag, so ist es ihm doch nicht erlaubt, aus diesen Thatsachen der Willenserklärung eine Deutung zu geben, welche den Worten desselben widerspricht, oder mit den Worten sich nicht in natürlichen Einklang bringen läßt. Was also der Erblasser eigentlich wollte, kommt bey der Erklärung letzter Willensverordnungen nur dann in Betracht, wenn es auch mit dem Niedergeschriebenen übereinstimmt, wenigstens in demselben enthalten ist, oder als darin enthalten gesetzlich angenommen wird.

Dieser Satz bedarf noch einer genaueren Entwickelung. *Dig. XXXIV, 5, L. 3.* heißt es: In ambiguo sermone non utrumque dicimus, sed id dumtaxat quod volumus, itaque qui aliud dicit quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult: neque id quod vult, quia id non loquitur. Dieß ist unstreitig die Hauptstelle, indeß sind

r) *Dig. XXXIV, 5, L. 24.* ***Westenberg** princip. jur. sec. ordin. Digestor.* h. l. §. 6.

auch noch andere Stellen hier zu beherzigen. Hieher gehört vorzugsweise *Dig XXVIII, 5, L. 9.* Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, in corpore hominis errans, veluti frater meus, patronus meus: placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur: neque eum quem voluit, quoniam scriptus non est. §. 1. Et si in re quis erraverit, uputa, dum vult lancem relinquere, vestem leget, neutrum debebit. Hoc sive ipse scripsit, sive scribendum dictaverit. Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si cum dictasset ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus: Celsus libro duodecimo quaestionum, Digestorum undecimo, posse defendi ait, ex semisse heredem fore, quasi plus nuncupatum sit, minus scriptum: quae sententia rescriptis adjuvatur generalibus. Idemque est, et si ipse testator minus scribat, cum plus vellet adscribere. §. 3. Sed si majorem adscripserit testamentarius, vel quod difficilius est probatione, ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat ex quadrante fore heredem: quoniam inest quadrans in semisse: quam sententiam et Celsus probat. §. 4. Sed et si quis pro centum ducenta per notam scripsisset, idem juris est, nam et ibi utrumque scriptum est, et quod voluit et quod adjectum est: quae sententia non est sine ratione etc. In dieser Stelle wird zwar noch zum Ueberfluß durch einzelne Beyspiele der Satz bestätiget, daß wenn der Wille des Testators ein anderer war, als niedergeschrieben worden ist, die Disposition ohne alle Wirkung bleiben soll, jedoch mit der Ausnahme, wenn nicht etwa das, was der Testator wollte, auch schon in der Disposition enthalten war. Es ist also zwar dem Richter nicht erlaubt, wenn der Te-

stator dem Sempron etwas vermachen wollte, und statt Sempron, Titius geschrieben worden ist, dem Sempron das Vermächtniß durch Erklärung zuzuwenden (dem Titius darf er es schon so nicht verabfolgen lassen, weil der Wille des Erblassers ihm zuwider ist), wohl aber kann er, wenn 1000 Rthlr. als Vermächtniß geschrieben stehen, und der Erblasser nur 600 vermachen wollte, oder umgekehrt, durch Erklärung, die Disposition aufrecht erhalten. War mehr niedergeschrieben als der Erblasser wollte, so war schon das Wenigere an sich in dem Mehreren enthalten: war weniger niedergeschrieben worden, so wird doch nach dem Gesetz das Mehrere als in dem Wenigeren enthalten betrachtet; jedoch mit diesem Unterschiede: 1) War weniger geschrieben worden und der Erblasser hatte mehr gewollt, so bekommt der Begünstigte das Mehrere. War hingegen 2) mehr geschrieben worden als der Erblasser gewollt hatte, so erhält der Begünstigte nur das Wenigere. Eigentlich müßte er im erstern Fall nichts erhalten, weil natürlich das Mehrere nicht in dem Geringern enthalten ist, aber das Gesetz fingirt hier das „Enthalten."

Zu bemerken ist, daß die Entscheidung der Gesetze vom error ausgeht, und daß distinguirt wird, ob bey dem Niederschreiben des letzten Willens in corpore oder nur in parte geirrt worden ist. War in corpore geirrt worden, so erhält der Begünstigte nichts, so bald die Worte der Disposition mit dem Willen des Erblassers im Widerspruche stehen. War hingegen nur in parte geirrt worden, so kann die Disposition durch die Erklärung nach den oben angegebenen Grundsätzen aufrecht erhalten werden. Der Irrthum wird als etwas Factisches nicht präsumirt, sondern muß erwie-

sen werden. Dem Richter ist also die Erklärung nach dem Willen des Erblassers nur für den Fall verstattet, wo der Begünstigte beweist, daß der Erblasser anders disponiren wollen als er disponirt hat, oder von dem Intestaterben oder dem mit einem Legat Beschwerten ein solcher Beweis geführt worden ist. In dem Gesetze wird also ein über die Frage, ob die Worte der letzten Willenserklärung mit der Absicht des Disponenten übereinstimmen, entstandener Rechtsstreit vorausgesetzt, in welchem vollgültig die Disharmonie nachgewiesen worden ist.

Nur für diesen Fall kann der Richter nicht mehr nach den Worten der Disposition, die hier übrigens als völlig klar vorausgesetzt werden, gehen, sondern er muß zu einer Erklärung schreiten, wodurch die Absicht des Disponenten und seine schriftliche Verfügung mit einander vereinigt werden, wenn sie sich überall vereinigen lassen. Die Vereinigung ist nur möglich, wenn in parte, nicht in corpore geirrt war.

Es folgt daraus, daß so lange der Beweis des vorgefallenen Irrthums nicht vollgültig geführt worden ist, der Richter nach dem Inhalte der Disposition gehen muß. Man kann nicht annehmen, dadurch, daß die Disposition etwa zweifelhaft gemacht worden, dürfe nun auch das, was sie enthalte, nicht zur Ausführung gebracht werden. Denn es ist bekannt, daß so lange der letzte Wille nicht völlig untergraben worden, derselbe respectirt werden müsse.

Der Fall, von welchem die Gesetze sprechen, gehört also zu denen, wo die geschehene Willenserklärung zufällig dunkel wird, nämlich durch den geführten Beweis, daß die Absicht nicht mit den deutlichen Worten übereinstimmt. Wo die Worte selbst dunkel sind,

muß so die Absicht allein entscheiden. Uebrigens gründet sich doch auch die ganze Lehre auf den Satz, daß es vorzugsweise auf die Absicht ankomme.

Es frägt sich noch, da das Gesetz bloß den error in corpore dem error in parte entgegensetzt, wie ist es zu halten, wenn der Erblasser in materia geirrt hatte, oder gehört dieser error mit zum error in corpore. Nach den Worten des Gesetzes gehört zum error in corpore, wenn in der Person des Begünstigten und in der Sache, womit er begünstigt werden sollte, geirrt worden ist. Wir haben kein Gesetz, welches bestimmt über die Frage entschiede. Gesetze, welche man als entscheidende hier gewöhnlich anführt, z. B. *Dig. XXXIII, 10, L. 7, §. 2.* entscheiden gar nichts. Ich glaube, man kann unbedenklich den Irrthum hier mit zum error in corpore zählen. Denn da der Jurist error in corpore und error in parte einander entgegen setzt, und auf diesen Unterschied die Entscheidung gründet, so darf man den error in materia hier nicht als etwas Drittes aufstellen, sondern muß ihn nothwendig zu dem einen oder dem andern zählen. Zum error in parte kann man ihn nicht rechnen, folglich bleibt bloß der error in corpore übrig [s]).

---

s) Die speciellen Erklärungsregeln sowohl für letzte Willensverordnungen als für Willenserklärungen unter den Lebenden gehören in die Lehre von Verträgen und Testamenten. Hier kam es allein auf die Berichtigung der allgemeinen Regeln an.

XXII.

Ueber conventio §. 149, und deren Eintheilung in pactum und transactio §. 150. — Wahrer Begriff des Römischen Contracts §. 151. — Berichtigung der gangbaren Vorstellungen über die Eintheilung der Verträge §. 152. — Ueber den Transact §. 153.

§. 149.

Unter den Willenserklärungen spielt die *conventio* bekanntlich die Hauptrolle. Die Vorstellungen der Römer sind von den Vorstellungen der heutigen Zeit sehr abweichend, verdienen aber um so mehr einer genauen Entwickelung, als sie durch das ganze Rechtssystem greifen.

Jede ernstliche und in der Absicht, um Rechte und Verbindlichkeiten zu wirken, von zwey oder mehreren Personen eingegangene Vereinigung erscheint als conventio [a]).

---

a) *Dig. II*, 14, *L.* 1. §. 3. Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique consentiunt, qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur, et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Paedius, nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem: sive re, sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est. — — Das Fragment ist aus Ulpian ad edictum, und will eigenthümlich verstanden und erklärt seyn. Wir werden gleich sehen, daß die Römer zwey Hauptarten der Conventionen die pacta und transactiones annahmen. In dem Titel der Pandecten de pactis an dessen Spitze es steht, ist bloß von der ersten Art der pactis die Rede. Nachdem Ulpian den Begriff von einem pactum gegeben hat, erläutert er auch beyläufig, was conventio, worunter das pactum stehe, sey. Die gerühmte Eleganz des Paedius, daß es keine obligatio gebe, welche nicht eine Convention in sich enthalte, oder sich auf eine Convention gründe, besteht nur in so fern, als man mit einigen alten Aus-

Die conventio ist der Geschlechtsbegriff, worunter alle und jede eigentlich juridische Vereinigungen gebracht werden müssen. Einige Conventionen sind schon aus dem jure gentium erkennbar, für andere dagegen enthält das jus civile den alleinigen Erkenntnißgrund [b]). Man kann hier die Conventionen, wie die Obligationen, in conventiones ex jure gentium und ex jure civili eintheilen. Welche Conventionen schon juris gentium sind, darüber erklären sich die Gesetze nicht bestimmt, die Sache hat aber wenige Schwierigkeit, wenn man auf die Grundsätze Rücksicht nimmt, die zu Anfang dieses Werks (Th. I. Abschn. I.) über das jus gentium der Römer vorgetragen worden sind. Alle Conventionen müssen dahin gezählt werden, für die entweder ein historischer oder doch ein dogmatischer Grund vorhanden ist, sie schon aus dem jure gentium abzuleiten.

§. 150.

Es geht mit den Conventionen des juris gentium wie mit der obligatio juris gentium überhaupt. So wie der obligatio ex jure gentium im Staate etwas zugesetzt, und ihr etwas entzogen werden kann, so macht sich die Sache auch hier. Manche Verträge des juris gentium können daher durchs jus civile theilweise und ganz verworfen, auch umgeschaffen werden, und bey der Umschaffung ganz ins jus civile übergehen. Man hat nur den Hauptgesichtspunct festzuhalten, und sich nicht durch die auch in der Pandecten-Compilation vorkommenden tres species conventionum des Ulpians irre führen zu lassen, welche Eintheilung auf seine Eintheilung des jus in publicum und privatum gebauet ist, und als eine

---

gaben liest „nullam fere obligationem;" beym Contract ergiebt sich so die Sache von selbst.

b) *Dig. l. c. L.* 5, 6, u. 7.

ihm eigenthümliche Theorie erscheint. Doch scheint ihr auch Paulus, wiewohl im geringeren Grade zugethan gewesen zu seyn [c]).

Die conventiones juris gentium geben natürlich keine Römische Rechtsverfolgung. Es ist hier wie bey der obligatio überhaupt. Sollen sie diese geben, so muß die conventio

---

c) Die hieher gehörigen Stellen sind *Dig. II*, 14, *L.* 5. Conventionum autem tres sunt species: aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: „privata," aut legitima, aut juris gentium. Publica conventio est quae fit per pacem, quotiens inter „se" duces belli quaedam paciscuntur. *L.* 6. *Legitima* conventio est quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege, vel Senatusconsulto adjuvatur. Ich gebe hier den Text absichtlich nach der Göttinger Ausgabe als der reinsten Florentine, die wir haben. Daß das „privata" im *L.* 5. ein neueres Einschiebsel sey, ist wohl ziemlich klar. Das „se" dürfte wohl nicht dafür zu halten seyn. Aber ich finde nicht bemerkt, daß das „vel tollitur" im *L.* 6. in mehreren alten Drucken fehlt, und auch wohl vernünftiger Weise fehlen muß, wenn wir nicht annehmen wollen, daß die Compilatoren aus der Stelle aus Paulus etwas weggelassen haben, welches anzunehmen doch kein Grund vorhanden ist. Noodts (*c.* 8. *de pact.*) Behauptung, als sey die Stelle aus Paulus hier unschicklich mit dem Fragment aus Ulpian in Verbindung gebracht worden, möchte ich übrigens nicht unterschreiben: die Compilatoren konnten gar keinen schicklicherern Ort für sie finden als diesen, auch giebt uns die Stelle darüber allein Aufklärung, wie es die Römer mit dem „legitima" meynten, was weiter unten von großer Wichtigkeit ist.

Ich habe im ersten Theile dieses Werks der Ulpianischen Theorie allenthalben den Vorzug gegeben: man werfe mir daher hier keinen Widerspruch vor, wenn ich behaupte, die tres species dürften einen nicht irre führen. Ich lasse darum die Lehrsätze Ulpians nicht ausscheiden, ich nehme nur an, daß sie als eine Besonderheit nicht dazwischen treten, und den Gang der alten Theorie stören dürfen, ohne welchen kein Licht verbreitet werden kann. Sie können dabey immer in ihren Ehren und Würden bleiben. Ueberdem ist ja auch wieder daraus entlehnt worden, was in die alte Theorie eingreift.

entweder ganz ins jus civile übergegangen seyn, oder es muß ihr die Römische Rechtsverfolgung ohne diesen Uebergang durchs Gesetz oder durch den Prätor verliehen worden seyn. Manche Conventionen des juris gentium geben auf diese Weise das ganze Römische Verfolgungsrecht, die actio und exceptio zusammen, manche aber auch nur die exceptio allein.

Oben ist bemerkt worden, man dürfe sich durch die tres species conventionum des Ulpians nicht irre führen lassen. Etwas kann man aber doch aus seiner Darstellung entlehnen, um die ächte Theorie der Römer herzustellen. Wenn man nämlich auf die Eintheilung des jus, nach welcher alles jus entweder publicum oder privatum ist, Rücksicht nimmt, so gehören einige Conventionen bloß dem jus publicum, andere dem jus privatum ausschließend an. Für die ersteren kann es schon nach der Vorstellung der Römer keine weiteren Normen geben: sie liegen außer dem Bereich der Civil-legislation: Form und Materie derselben müssen bloß nach dem jure gentium beurtheilt werden.

Für den Bereich der Civil-legislation bleiben also bloß die Privat-Conventionen übrig. Auf diese muß nun angewendet werden, was vom jus privatum überall gilt, nämlich daß es bestehe ex praeceptis juris naturalis, gentium et civilis. Wir müssen, um die Theorie scharf herauszubringen, daher die Eintheilung in conventiones juris gentium und conventiones juris civilis auf die Privatverträge beschränken.

Hier kann uns der Ueberrest der alten ursprünglichen Theorie, welcher in den Fragmenten aus Ulpian und Paulus liegt, wichtige Dienste leisten. Alle Privatverträge sind nämlich, wenn man auf ihren Erkenntniß- sowohl, als Verbindunsgrund Rücksicht nimmt, entweder juris gentium oder civilis. Die ersteren sind entweder in ihren ursprünglichen

Grenzen stehen geblieben, und gelten im Staat auch nicht anders als außer demselben, d. h. sie geben zwar eine Verfolgung, aber keine Römische, oder ihnen ist bey ihrer Aufrechthaltung als conventionibus juris gentium ein Römisches Verfolgungsrecht (actio et exceptio, oder bloß exceptio) zu Theil geworden — conventiones legitimae [d]) — oder sie sind ganz umgeschaffen worden, und in dieser Umschaffung ins jus civile übergetreten, oder endlich das jus civile hat sie ganz oder zum Theil so reprobirt, daß sie auch nicht einmal mehr als conventiones juris gentium auftreten dürfen, weil es das Wohl des Staats erfordert, ihnen auch diese Wirkung zu entziehen. Aus der letzteren Annahme würde sich überall eine ganz andere Ansicht von der obligatio naturalis reprobata bilden, als die bisherige war, wenn sich darüber bessere Nachweisung geben ließe.

In diese generelle Conventionen-Theorie tritt nun die Römische Eintheilung der Conventionen in pacta und transactiones ein [e]), und macht sie gewissermaaßen wieder dadurch

---

d) Dieß sind also die legitimae conventiones des Paulus gerade nach der Definition, welche er davon giebt, besonders wenn man das „vel tollitur" (wie schon oben bemerkt worden) aus *L. 6.* wegwirft. Es ist klar, daß Ulpian sowohl als Paulus nur von solchen conventionibus juris gentium sprechen, die nicht ganz ins Civilrecht übergegangen sind, sondern welchen bloß ein Römisches Verfolgungsrecht zu Theil geworden ist.

e) Begründet wird diese Eintheilung nicht bloß durch die Oeconomie der Pandecten, in welchen ein eigner Titel de pactis und wieder ein eigener de transactionibus befindlich ist, welche unmittelbar auf einander folgen, sondern auch noch besonders durch *Dig. II*, 15, *L.* 1. Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit: qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit. Wir werden weiter unten sehen, wie die Sache eigentlich aus einander geht. Ich bemerke nur: die Stelle steht gerade darum zu Anfang des Titels von Transactionen, um den Unterschied zwischen Pacten und Transactionen scharf zu bezeichnen.

einseitig, daß das was von beiden eigentlich gelten sollte, bloß auf die pacta bezogen wird. Noch eine größere Einseitigkeit entsteht dadurch, daß die pacta bloß auf das Mein und Dein, auf das Leisten und die Wiederleistung beschränkt sind, und alle Conventionen ausgeschlossen werden, welche persönliche Verhältnisse betreffen, z. B. Sponsalien, Ehe u. s. f. Hier ist also eine Lücke, die vor allen Dingen, so gut es bey dem Mangel genauer Nachrichten gehen will, ergänzt werden muß.

So weit ich nämlich die Sache übersehe, unterschieden die ältern Römer bey den Privatconventionen anfangs die pacta von den übrigen Conventionen, und begriffen darunter alle das Mein und Dein oder den eigentlichen Verkehr angehende Vereinbarungen. Sie wurden als die am häufigsten vorkommenden auch ein besonderer Gegenstand der juristischen Pflege, und man wandte auf sie gewöhnlich das κατ' ἐξοχην an, was von den Privatconventionen überhaupt galt. Späterhin traten aus den Privatconventionen noch die Transactionen besonders hervor. Das juristische System, wenn es (wie hier der Fall ist) aus den Händen der Geschäftsmänner hervorgeht, nimmt allemal eine einseitige Tendenz, und wirft sich vorzugsweise auf dasjenige hin, was am häufigsten vorkommt. Die Conventionen, welche das persönliche Verhältniß angingen, kamen daher nicht in Betracht, konnten auch um so weniger darin kommen, als alles was sie anging, eigentlich gar nicht von Juristen betrieben wurde. So warf sich die ganze juristische Systematik auf die pacta und transactiones hin, und wurden die Privatconventionen in pacta und transactiones eingetheilt, gleichsam als gebe es außer diesen beiden Arten keine dritte Art der Privatconventionen. Es ist nicht zu leugnen, daß das Wort pactum auch häufig synonym mit dem generellen „conventio" gefunden wird,

aber nirgends findet man es so, daß es alle alle übrige Privatconventionen außer den Transactionen in sich begriffe.

Eine Conjectur ließe sich hier wagen, nämlich die, daß alle bloß persönliche Verhältnisse angehende Conventionen nach der Vorstellung der Römer zum jus publicum gehört hätten; allein ihr steht entgegen, daß es ja so viele dieser Conventionen giebt, die gar von keinen religiösen Gebräuchen begleitet werden, daß selbst die Ehe zum Privatrecht gezählt wird, und nach dem älteren Recht auch auf eine recht gemeine Weise, nämlich durch die auctoritas usus zu Stande kommen kann.

Die richtigste Ansicht bleibt daher wohl unstreitig die, daß alles von dem Gange herrührt, den das juristische System unter den Händen der bloß practischen Juristen genommen hat, die allein in der ältern Zeit auch die Bildner der Theorie waren. In ihrem Geiste müssen drey Arten der Privatconventionen angenommen werden, die pacta, die transactiones, und die persönliche Verhältnisse betreffenden Conventionen, um welche letztere sich die Theorie nicht weiter kümmert, sondern bloß die beiden ersteren zum Vorwurfe hat.

§. 151.

I. **Pacten.** Zuerst von diesen. Wollen wir deutsche Worte brauchen, so würde ich für conventio Vereinbarung in Vorschlag bringen, für pactum wüßte ich kein gleichbedeutendes Wort, denn unter Vertrag stehen offenbar auch die Conventionen, welche die persönlichen Verhältnisse betreffen. Ich würde vorschlagen das lateinische Pactum als germanisches Pact beyzubehalten, daher ich auch diesen Absatz durch „Pacten" bezeichnet habe.

Das Wesen eines Pacts besteht in einer bestimmten Vereinbarung über einseitige oder mehrseitige Leistung (Leistung

und Gegenleistung) mit Hinsicht auf das Mein oder Dein, oder den Nutzen des Einen oder des Andern, oder wohl gar eines Dritten, der nicht weiter an der Vereinbarung Theil nimmt. So wird der Begriff des Pacts strenge von der Convention, welche persönliche Verhältnisse betrifft sowohl, als von dem Transact unterschieden. So weit ist noch alles ziemlich im Klaren, aber nun entsteht die schwere Frage vom Begriff und Wesen des Contracts.

Ganz bestimmt werden die Contracte von den Pacten unterschieden, aber worin der Unterschied eigentlich liegt, ist dunkel geblieben. Nach meinem Urtheil liegt die Dunkelheit vorzugsweise darin, daß die Römischen Juristen in den uns in der Pandecten-Compilation enthaltenen Fragmenten entweder zugleich mit von andern zur Sache eigentlich nicht gehörigen Dingen sprechen, oder etwas Bekanntes voraussetzen, was ergänzt werden muß, wenn uns überall die Compilatoren sie in dem gehörigen Zusammenhange der Rede gegeben haben, woran ich wenigsten hier gar sehr zweifele.

Die Hauptstelle ist hier *Dig. II, 14, L. 7*, eine Stelle aus Ulpian ad Edictum. Mir scheint der Geist des Fragments noch nicht gehörig aufgefaßt zu seyn, und ich will daher versuchen, ob ich ihn zu erfassen vermag.

Aus dem Ganzen geht hervor, daß Ulpian das Prätorische Edict commentiren wollen, welches erst §. 7. folgt und so lautet: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo. Was vorhergeht ist eigentlich historische Einleitung dazu, welche nach der Weise der alten Juristen immer mit dem Dogmatischen verbunden wird. Das Fragment hebt damit an, daß einige conventiones juris gentium actiones hervorbrächten, andere bloß exceptiones. — Von denen, welche mit keiner bürgerlichen Rechtsverfolgung verknüpft

sind, konnte gar nicht die Rede seyn. — Die welche actiones hervorbringen, bleiben nicht (heißt es) in suo nomine, d. h. in der Benennung Conventionen stehen, sondern gehen in die eigenthümliche Benennung „Contracte" über. Als Beyspiele werden angeführt die emtio, venditio, locatio, conductio, societas, commodatum, depositum: der Jurist fügt hinzu et caeteri similes contractus, d. h. in so fern sie juris gentium sind, denn von diesen ist allein die Rede. Ulpian mochte wohl fühlen, daß durch die gewählten Beyspiele auch die sonst klare Sache wieder verdunkelt werden könne, indem es auch Conventionen des juris gentium ohne Namen gab, die mit einer actio verbunden waren, und er hier durch ihren Namen ausgezeichnete Contracte als Beyspiele gebraucht hatte, wobey man leicht glauben könnte, nur sie allein seyen Contracte. Er fährt daher §. 2. fort. „Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa: eleganter Aristo respondit esse obligationem: utputa dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα esse, et hinc nasci civilem obligationem. — — — § 4. Sed cum nulla subsit causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem f). Daß hier für „si in alium contractum" gelesen werden müsse „si in talem contractum" ist klar, so klar, daß hier schon die Conjectural-Kritik zureichen würde, das „alium" in „talem" zu verändern g). Er will nichts weiter als dieß sagen: wenn auch

---

f) In einigen alten Drucken fehlt das alium und heißt es bloß „in contractum" was aber offenbar fehlerhaft ist. Nur in einer Handschrift habe ich das „talem" gefunden, worüber ich dereinst Rechenschaft geben werde.

g) Ich habe oben bemerkt, es fänden sich in diesem Fragment auch nicht hieher gehörige Einschiebsel. Dahin gehört offenbar das nach diesen Worten sogleich folgende: si ut maleficium fiat

die conventio juris gentium, welche sich zu einer actio eignet, keine mit einem bestimmten Namen bezeichnete ist, so ist sie doch ein Contract, deshalb weil eine actio daraus statt findet; zugleich wird entwickelt, wenn nach dem geltenden Rechte aus einer solchen conventio eine actio statt finde, nämlich wenn sie eine causa civilis habe. Die causa wird nun in dem Leisten von der einen Seite — nicht in dem bloßen Versprechen des Leistens — und in dem Versprechen der Gegenleistung von der andern Seite gesetzt, wodurch erst das συνάλλαγμα entsteht. Dadurch wird denn nun das vorher durch die gegebenen Beyspiele verdunkelte Wesen des Contracts wieder zur höchsten Klarheit erhoben. Um es noch schärfer herauszuheben, wird §. 4. gezeigt, daß wenn diese causa civilis nicht vorhanden sey, die conventio nie eine actio, sondern nur höchstens eine exceptio gebe, sie sey denn einem contractus bonae fidei zugleich einverleibt und zwar gleich bey dem Abschlusse desselben, so daß ihr die aus demselben entspringende Klage mit zu Theil werden könne [h]).

Die Ulpianische Theorie bis zum §. 7. ist also diese. Conventiones juris gentium, welche Privatconventionen, und obendrein Pacte sind (denn von diesen konnte Ulpian nur allein reden) werden zu Contracten, so oft als ihnen das vollkommene Römische Verfolgungsrecht — Klagerecht, welches schon das Recht der Exceptionen in sich schließt — zugetheilt worden ist. Einigen dieser Conventionen ist es besonders mitgetheilt worden, als da sind emtio, venditio, locatio, conductio u. a. m. als in allen ihren Theilen bestimmten und durch einen besondern Namen ausgezeichneten Conventionen. Andere haben es aus dem

---

promissum sit etc. Es hängt offenbar nicht mit dem darauf folgenden: sed cum nulla subest causa etc. zusammen.

h) *c. l.* §. 5. u. 6.

allgemeinen Prinzip, weil nämlich ein συνάλλαγμα concurrirt, d. h. weil mit dem Leisten begonnen worden ist. Andere Pacte des juris gentium haben kein vollkommenes Römisches Verfolgungsrecht, den Fall ausgenommen, wo sie einem contractus bonae fidei in continenti hinzugefügt worden sind, und dadurch eine Mittheilung der Contractsklage erhalten haben.

Jetzt kommen wir zu dem Hauptpunct, dem oben ausgeschriebenen Edict des Prätors. Hier verspricht der Prätor alle pacta conventa aufrecht zu erhalten, welche nicht offenbar oder heimlich gesetzwidrig sind, und bey welchen nicht dolus concurrirt. Das „pacta conventa" ist hier eine Zusammensetzung, welche die Sache verstärkt, so wie das ope consilium. Es ist unstreitig nicht die Rede von Contracten, denn diese bedurften das Edict des Prätors nicht mehr (d. h. dieses Edicts: früher mochten mehrere von ihnen andere speciellere Edicte bedurft haben), sondern gerade von den Nichtcontracten: diese insgesammt welche bisher, wenn sie allein da standen, kein vollkommenes Römisches Verfolgungsrecht hatten, will der Prätor erhalten; doch nur, wenn sie als pacta conventa erscheinen, d. h. mit reiflicher Ueberlegung und bestimmt abgeschlossen worden sind, und alles gehörig klar dabey erscheint. Könnte über die Richtigkeit dieser Erklärung noch ein Zweifel entstehen, so würde er durch die folgenden Paragraphen des Fragments gehoben werden, wo über die Gültigkeit und Wirkungen der Nichtcontracte gesprochen wird, über welche sonst gar nicht gesprochen werden durfte, weil sie überall kein Klagerecht gaben.

Der Prätor will die Nichtcontracte erhalten, wenn sie die von ihm bedingte Eigenschaft haben. Das heißt: er will sie zuvor prüfen, und nach gehöriger Prüfung sich über das ihnen zu verleihende vollkommene Römische Verfolgungsrecht entschließen. Was folgt daraus? dieß, die Nichtcon-

contracte wirken an sich noch immer kein vollkommenes Römisches Verfolgungsrecht, sondern es hängt von dem Prätor ab, ob sie es haben sollen. Denn wenn er es ihnen auch bedingt versprochen hat, so kommt es doch noch immer darauf an, ob er die Bedingung für erfüllt hält: absolut die Erhaltung des Pacts zu fordern, ist doch niemand berechtigt.

So läßt es sich erklären, warum des Edicts des Prätors ungeachtet, worin die Erhaltung der Nichtcontracte bedingt versprochen wurde, die alte Theorie fortging. Denn wenn auch der Prätor alle Nichtcontracte unter den angegebenen Bedingungen zu erhalten versprochen hatte, so war ihnen damit noch nicht das Römische Verfolgungsrecht direct verliehen worden, wie den Contracten; und darauf kam es doch eigentlich an.

Wir wollen nun, bevor wir zu Discussion über einzelne Puncte schreiten, die Tafel der Privatpacten aufstellen. Ich erinnere dabey nochmals, daß es bloß den Privatpacten des juris gentium gilt, denen nicht gegenüber stehen die conventiones civiles, weil diesen nur die conventiones juris gentium in ihrem Totalumfange entgegen gesetzt werden können, die Privatpacten des juris gentium aber nur als eine Gattung der conventionum juris gentium erscheinen. — Die Privatpacten haben nun kein Römisches Verfolgungsrecht anders, als wenn es ihnen besonders beygelegt worden, und ist diese Beylegung geschehen

I. ein für allemal durch die lex oder das Edict	I. vermöge besonderer Verleihung durch den Prätor in einzelnen Fällen nach vorgängiger Untersuchung der Sache.
*	II.

*

I. so daß ihnen nur ein unvollkommenes Verfolgungsrecht in der exceptio gestattet wird.	I. so daß ihnen das vollkommene Römische Verfolgungsrecht in der actio sowohl als exceptio verliehen wird.
I.	I. *Contractus.*

Es frägt sich nun:

I. Warum erscheinen bloß die pacta juris gentium theilweise als Contracte, und nicht auch die conventiones juris civilis? Die Antwort ist: diese waren von selbst Contracte, denn die obligatio wurde hier secundum nostrae civitatis jura contrahirt. Man brauchte ihnen nicht erst einen Namen beyzulegen, der schon aus ihnen selbst hervorging. Was den conventionibus juris civilis von selbst zukam, wird hier bloß auf die pacta juris gentium übertragen. Sie erscheinen also nicht als die einzigen Contracte, sondern nur vermittelst der Uebertragung.

II. Welches ist der gegenwärtige Grund für die Annahme der Contracte? Dieser kann nur seyn

1) ein rein historischer, weil wir nämlich mehrere pacta des juris gentium als Contracte in Justinians Compilationen aufgeführt finden, z. B. die emtio, venditio, locatio, conductio, u. s. f.

2) ein dogmatischer nach *Dig. II, 16, 7, §. 2*, weil das pactum causam civilem hat, d. h. weil es so qualificirt ist, daß die Gesetze das vollkommene Römische Verfolgungsrecht daraus

geben zu müssen glaubten. Dieß ist nur der Fall bey dem συνάλλαγμα, d. h. wo bey dem Pact etwas gegeben worden ist, daß der Andere etwas dawider geben, oder etwas dagegen thun soll, wo also das pactum gleich durch das Geben von der einen Seite realisirt worden ist.

III. Welches sind die pacta juris gentium, denen bloß exceptio durch die Gesetze oder das Edict generell beygelegt worden ist? Die Antwort kann nicht anders ausfallen, als: alle die, welche zwar nicht ursprünglich causam civilem haben, sie aber doch hinterher durch die Erfüllung erhalten haben. Die exceptio hat hier bloß den Zweck, sich bey dem Ueberkommenen zu erhalten.

IV. Welches sind die pacta juris gentium, deren Aufrechthaltung der Prätor nach vorgängiger Untersuchung der Sache allgemein versprochen hat? Die Antwort ist, alle ohne Unterschied, welche nicht schon contractus sind, und nicht schon exceptio geben, in so fern sie nicht gegen die Gesetze und bonam fidem laufen.

V. Hatten die pacta juris gentium, welche in der Tabelle mit I. und II. bezeichnet worden sind, einen besondern Namen oder keinen? Die Antwort ist in *Dig. II, 14, L. 7, §. 4.* „Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem. Igitur *nuda pactio* obligationem non parit, sed parit exceptionem" zu finden. Sie hießen insgesammt *nudae pactiones, pacta nuda,* denn von Anfang an brachten sie doch nicht obligationem civilem hervor, und wenn auch hinterher durch die Erfüllung obligatio civilis und exceptio begründet wurde, so

gingen sie dadurch doch nicht in die Classe der Contracte über.

Von pactis legitimis und praetoriis im Gegensatze der contractus und pacta nuda ist in den Gesetzen mit keinem Worte die Rede. Die pacta legitima kommen bloß *Dig. II, 14, L. 6.* als conventiones juris gentium vor, welche die Gesetze bestätiget, und den conventionibus juris civilis gleichgestellt haben. Sie sind also bloß das Genus, in welches die Contracte als Species eintreten, und auch das nicht einmal immer, denn es kommt gar sehr darauf an, ob nicht bey der Bestätigung die conventio juris gentium ganz ins Civilrecht übergegangen ist. Von einem pacto praetorio kann nur überall in so fern gesprochen werden, als der Prätor bey den pactis nudis einem einzelnen an ihn gebrachten Pactum nach vorgängiger Untersuchung der Sache das Römische Verfolgungsrecht verleiht, woraus aber nicht die Folge entsteht, daß ein Pact der Art auch für andere Fälle dasselbe leistet, oder weil es einmal mit dem Römischen Verfolgungsrecht begabt worden, nun auch für immer damit begabt sey. Denn es kommt ja für künftige Fälle alles auf die Umstände an, und ob es der Prätor wieder so qualificirt findet, um daraus ein Römisches Verfolgungsrecht zu gestatten.

Von den pactis nudis, wobey alles dem vernünftigen Ermessen des Prätors überlassen blieb, ist nun einigen Pacten durch Kaiserliche Constitutionen das vollkommene Römische Verfolgungsrecht unbedingt beygelegt worden. Sie hätten durch diese Beylegung unter die Contracte treten müssen, was aber nicht geschehen ist, weil die juristische Systematik, die sie vielleicht nicht für voll ansah, sie nicht darunter brachte, z. B. das pactum donationis [i]). Daß

i) *Cod. VIII, 54, const. 35.*

Zeno [k]) das sogenannte emphyteutische Pact zu einem Contract namentlich erhoben haben sollte, ist nicht wahr. Er trennte es bloß von dem contractus locati conducti, wozu es bisher gezählt worden war, oder wofür es war gehalten worden: es war schon natürliche Folge dieser Trennung, daß es eben so gut als der contractus locati conducti als Contract auftreten oder vielmehr bleiben mußte, was es vorher war. — Eben so ausgemacht scheint es mir, daß durch das Edict des Prätors einigen pactis nudis das vollkommene Römische Verfolgungsrecht unbedingt späterhin ertheilt worden. Aber nirgends findet sich, daß man diese dadurch eigentlich zu Contracten erhobene Pacten, besonders — legitima, praetoria etc. — benamt hätte, eben so wenig, als man sie contractus nannte.

Es bleibt noch eine sehr wichtige Frage zu untersuchen übrig, nämlich die: Entstand das συνάλλαγμα bey den Pacten des juris gentium, die eben um dieses συνάλλαγμα willen generell zu Contracten erhoben wurden, allein durch das augenblickliche Geben, oder auch schon durch das augenblickliche Erfüllen überhaupt: d. h. war auch beym augenblicklichen Thun eben so gut als beym Geben schon die causa civilis vorhanden, welche das Pact zum Contract erhob? Nach der oben ausgeschriebenen Stelle aus Ulpian scheint das augenblickliche Geben — dare — oder vielmehr das Beginnen des Pacts mit dem *dare* allein das συνάλλαγμα zu begründen. Die Sache ist auch so natürlich, denn das ernstlich gemeynt seyn von beiden Theilen, worauf hier alles allein ankommt, geht doch nur eigentlich von dem wirklichen Leisten auf der einen Seite und dem wirklichen Entgegennehmen auf der andern Seite aus, und das läßt sich doch nur bey dem dare und

k) *Cod. IV, 66, const. 1.*

accipere gedenken. Bey dem facere kann das accipere nichts Reelles seyn, folglich ist das συνάλλαγμα nicht vorhanden. Indeß ist eine Stelle aus Paulus vorhanden *Dig. XIX*, 5, *L.* 5, welche Zweifel erregt, und die hier wörtlich hergesetzt und erklärt werden muß.

Naturalis meus filius (heißt es l. c.) servit tibi et tuus filius mihi: convenit inter nos, et ut tu meum manumitteres, et ego tuum: qua actione mihi tenearis quaesitum est. In hac quaestione totius ob rem dati tractatus inspici potest, qui in his competit speciebus. Aut enim *do tibi, ut des:* aut *do, ut facias:* aut *facio ut des:* aut *facio ut facias:* in quibus quaeritur, quae obligatio nascatur. §. 1. Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emtio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emtionem esse, dubium non est, nasci civilem obligationem: in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea, illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit. ac tu duntaxat culpam praestare debes. *Explicitus* est articulus ille *do ut des.* §. 2. At *cum do*, ut *facias*, si tale sit factum quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit: sicut superiore casu emtio: si res, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc, quod mea interest, vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adjectum est, intra quod manumittatur, idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit, et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest, vel praescriptis verbis agi. Quod

his quae diximus convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumisisti, et is, quem dedi evictus est? Si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem Julianus scribit: si ignorans in factum civiles. §. 3. Quod si faciam, ut des, et posteaquam feci, cessas dare, nulla erit civilis actio, et ideo de dolo dabitur. §. 4. Sed, si facio, ut facias, haec species tractatus plures recipit. Nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae: vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi, et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur: sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuum officium praestamus: et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere. Possum enim tibi mandare ut et custodiam mihi praestes, et non plus impendas in exigendo quam decem: et si eandem quantitatem impenderemus nulla dubitatio est: sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. Sed tutius erit, et in Insulis fabricandis, et in debitoribus exigendis, praescriptis verbis dari actionem: quae actio similis erit mandati actioni: quemadmodum in superioribus casibus, locationi et emtioni. §. 5. Si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in praeposita quaestione idem dici potest: et necessario sequitur, ut ejus fiat condemnatio, quanti interest mea, servum habere quem manumisi. An deducendum erit, quod libertum habeo? Sed hoc non potest aestimari.

Um die Frage zu entscheiden, welche zu Anfang des Fragments aufgeworfen wird, wird hier sehr weit ausgeholt, und die ganze Theorie der Conventionen des juris gentium, so fern diese mit dem Erfüllen beginnen, vorgetragen. Die

zu entscheidende Frage ist die: A und B hatten beide filios naturales, wovon der des A Sclave des B, und der des B wieder Sclave des A war. Beide trafen mit einander das Pact der gegenseitigen Manumission ihrer Söhne. Es frug sich nun, welche Klage dem Einen gegen den Andern zustehe. Ob der A oder der B — einer von Beiden schon manumittirt hatte, und nun der Manumission von dem Andern entgegensah, darüber wird nichts gesagt; es erhellt aber sowohl aus der ganzen Erörterung als besonders aus den Endesworten des Fragments, daß der Eine sogleich wirklich manumittirt hatte, und jetzt von dem Andern erwartete, daß er gleichfalls manumittiren werde. Paulus meynt, man könne hier auch wohl andere Klagen eintreten lassen, wie in den von ihm zur Erklärung des facio ut facias angeführten andern Beyspielen, so wie es aber viel sicherer sey, in denselben actionem praescriptis verbis zu ertheilen, so könne man sie auch hier geben und den Beklagten in das Interesse verurtheilen.

Das Fragment ist aus Paulus *Quaestion. lib. V.* Es ist bekannt, daß Paulus unter mehreren wichtigen Stellen auch das richterliche Amt bekleidete, und in diesem scheinen gerade die quaestiones geschrieben zu seyn, denn es frägt sich in dem Fragment nicht sowohl darum, welche Klage hier statt haben möchte, sondern welche zu verstatten sey, und von wem: doch von dem Prätor? Paulus setzt sich hier in die Stelle des Prätors, dem die Frage vorgelegt wurde, und reflectirt darüber als solcher. Er sagt mit keinem Worte davon, daß das „facere ut facias: oder ut des" eben so gut ein συνάλλαγμα begründe als das „dare ut des oder ut facias: er scheint vielmehr beide Arten der Conventionen genau zu unterscheiden. In so fern wäre also zwischen ihm und Ulpian kein directer Widerspruch. Aber Paulus räth doch für den Fall des facio ut facias auch actionem praescriptis verbis zu

ertheilen: dieselbe Klage also, welche für die pacta statt fand, die das συνάλλαγμα hatten, wie wir hernach sehen werden.

Es ist zu bemerken, daß Paulus eben so gut das Edict des Prätors kannte, worin der Prätor alle pacta conventa zu erhalten versprach, welche nicht gegen die Gesetze und bonam fidem verstießen. Von diesem Edict geht er bey seiner Entscheidung aus, nicht von der Contractslehre. Es gilt also nicht der Frage: ob das facio ut facias ein συνάλλαγμα, mithin einen Contract begründe, aus welchem sich das Römische Verfolgungsrecht dann vermöge allgemeiner gesetzlicher Zueignung von selbst verstehe: es gilt bloß der Frage: welche actio aus dem Pact nach dem Edict des Prätors, welches allen guten pactis conventis Schutz angedeihen ließ, zu verstatten sey. Wir haben den Geist des Fragments, wenn wir es mit Hinweglassung des Ungehörigen, so epitomiren.

> A und B sind mit einander überein gekommen, ihre natürliche Kinder, die ihnen gegenseitig als Sclaven dienen, zu manumittiren. A hat den Anfang mit der Manumission gemacht, nun aber will B nicht. Es frägt sich, welche Klage hat A gegen den B. Ein dare ut facias ist hier nicht vorhanden, sondern nur ein facere ut facias. Es könnten bey dem facere ut facias mehrere Klagen nach Umständen zulässig seyn, wohl gar eigentliche Contractsklagen, wenn es in einen Contract mit eingreift, aber das Sicherste ist hier actionem praescriptis verbis zu geben.

Sonach wäre also zwischen Ulpian und Paulus auch nicht der geringste Widerspruch, sondern es beständen beide Theorieen, die Ulpianische und die des Paulus nicht bloß gut zusammen, sondern griffen auch ganz in einander ein, besonders wenn bewiesen wird, daß die actio praescriptis

verbis gar nichts Eigenthümliches der Contracte, welche bloß wegen des συνάλλαγμα solche waren, war, sondern etwas sehr Allgemeines, wie gleich geschehen soll.

Es folgt also, daß das συνάλλαγμα nur bey dem do ut des und do ut facias angenommen wurde, nicht bey dem facio ut des, und facio ut facias. Was unter die Kategorie des ersteren gehörte, war *contractus*, was der letzteren anheim fiel war *pactum nudum* [l]).

Daß ein Contract einen besondern Namen hatte, und sowohl durch diesen Namen als durch sein ganzes Wesen und durch eine eben so benannte actio sich von andern Contracten sowohl als Pacten unterscheidet, ist etwas Zufälliges, worauf in der Römischen Pactenlehre nichts weiter ankommt. Wo das nicht der Fall ist, ein Pact entweder als Contract schon das Römische Verfolgungsrecht hat, oder ihm solches erst von dem Prätor nach vorgängiger Untersuchung der Sache ertheilt wird, da tritt die actio praescriptis verbis ein, oder vielmehr, es wird aus demselben praescriptis verbis geklagt. Die actio praescriptis verbis ist bekanntlich eine Aushülfe für alle Fälle, wo fehlen vulgaria atque usitata actionum nomina, also nicht den Contracten, welche das συνάλλαγμα haben, überall nicht den Pacten eigen [m]).

---

l) Wie sich der Gang meiner Untersuchung von denen anderer, unter welchen hier nur *Langsdorff de pactis et contract. Roman.* Mannh. 1772., auch deutsch mit Anmerkungen von Hugo im civil. Magaz. 1. B. 4. H. n. 18. und Reichshelm Versuch eines Beweises, daß der Römer nur zwey Arten der ungenannten Contracte kannte. Halle 1800 genannt werden sollen, unterscheide, wird sich am besten durch die Vergleichung ihrer Schriften übersehen lassen. Daß beide zu sehr von den gangbaren Vorstellungen eingenommen sind, ist wohl klar.

m) *Digest. XIX*, 5, *L.* 1.

§. 152.

Um das Gerippe der Pactenlehre, an welches sich das Fleisch hernach schon findet, nach dem Römisch-Justinianischen Recht gehörig zu bilden, würde man also setzen müssen.

I. *Contractus* *ipso jure* tales.

II. *Contractus* ex *lege* vel *edicto* tales.

1) *Definite* tales.

2) *Indefinite* propter *συνάλλαγμα*.

III. *Pacta nuda*. In his quaedam, quibus novo jure (vel *constitutione* vel *edicto*) jus persequendi civile sine restrictione concessum est.

Bey dem „novo jure" hätte man, so viel das Edict betrifft, gerade nicht daran zu denken, daß solches erst nach Hadrian geschehen sey: es konnte auch schon vor ihm geschehen seyn, und konnten die hieher gehörigen Edicte eben so gut in dem edicto perpetuo, als das oben angeführte edictum generale und als dessen Ausnahmen stehen. Ich habe jedoch auch nichts dagegen, wenn man sich diese Edicte als erst nachher mit Kaiserlicher Bestätigung erlassene denkt.

Die gangbare Theorie stellt die Sache auf eine Weise dar, wobey der Geist des Römischen Rechts nicht nur ganz verloren geht, sondern man auch nicht im Stande ist: sich eine deutliche Vorstellung über den Gegenstand zu verschaffen. Sie geht nicht von den Pacten, sondern von den Verträgen überhaupt aus. Es wird gelehrt: Aus verpflichtenden Verträgen (pactis obligatoriis) habe nach dem Römischen Recht keine Klage, sondern nur eine exceptio statt gefunden. Aber schon durch das ältere Civilrecht wären viele Verträge für gültig und klagbar erklärt worden, und diese wären contractus genannt worden. Auch in den neuern Zeiten seyen mehrere bestätigt worden, welche aber, wenn sie nicht in den Gesetzen

ausdrücklich contractus genannt worden, den Namen pacta behalten hätten. Durchs neuere Civilrecht bestätigte Verträge wären pacta legitima, von dem Prätor bestätigte pacta praetoria genannt worden. Man könne auch diese bestätigten pacta vestita zum Unterschiede von den pactis nudis nennen [mm]).

Diese Theorie hat mehrfache Fehler. 1) Sie unterscheidet die pacta nicht von den Conventionen überhaupt, und stellt als allen Conventionen zukommend auf, was die Römer nur auf die pacta bezogen. 2) Sie unterscheidet nicht conventiones juris civilis und gentium, und stellt die Sache so vor, als wenn überall kein pact ursprünglich bey den Römern eine Klage gegeben habe. 3) Sie entwickelt den Gang, welchen die Gesetzgebung bey den pactis juris gentium hat, nicht gehörig. — Ueberall fehlt hier die historische Darstellung, worauf in dieser Lehre alles ankommt.

Ich habe bisher die Pactenlehre nach dem gesetzlichen System rein dargestellt. Es wird jetzt zu untersuchen seyn, was die juristische Doctrin hinzugebracht hat. Auf die Trennung des Doctrinellen von dem Gesetzlichen kommt im Römischen Recht doch gar viel an. Die Pandecten-Compilation enthält sehr natürlich beides mit einander verbunden, aber um so mehr ist die Trennung von Wichtigkeit.

I. Um die Sache besser darstellen zu können, nannten die Juristen diejenigen Contracte, welche es bloß um des συνάλλαγμα willen waren, contractus innominati, und setzten sie den andern als contractibus nominatis entgegen. Ob der contractus innominatus noch im

---

mm) Man sehe z. B. Thibaut Pandect. Recht Th. 1. §. 163. Auch mein Handbuch des Privatrechts Th. 2. 3te Abth.

gemeinen Leben einen eigenen Namen hatte, darauf kam nichts an, denn der Name machte ein Pact ja noch nicht zum Contract, sondern bloß dieß, daß es ausdrücklich und namentlich als solches und ohne weitere Rücksicht war zum Contract erhoben worden, oder generell, weil es das συνάλλαγμα hatte. Von den contractibus innominatis konnte es nur zwey Gattungen geben, den contractum do ut des, und do ut facias.

II. Man wandte die Obligationenlehre auf die Contracte an (doch nur vorzugsweise, denn man mußte sie nothwendig eben so gut auf die pacta nuda anwenden). Bey dieser Anwendung warf man jus civile und gentium zusammen, und lehrte, daß die obligatio bey Contracten contrahirt werde, entweder re — contractus *reales*, — oder verbis sc. solemnibus — contractus *verbales*, — oder scriptura — contractus *literales*, — oder endlich solo consensu — contractus *consensuales*. — Hätte man es hier wie beym Eigenthum gemacht, wo man fortdauernd zwischen modis adquirendi naturalibus s. ex jure gentium und civilibus unterschied, so wäre die Dunkelheit nicht entstanden, die jetzt für denjenigen entstehen mußte, welcher die Sache nicht aus der Geschichte angriff. Dabey findet sich die Lehre, daß jedes pactum juris gentium durch Stipulation in eineconventio des juris civilis umgeändert werden kann. Sehr natürlich, denn die stipulatio und die scriptura waren die Römische Contractsform. Aber der Fehler liegt nicht allein in der Anwendung der Theorie von der Contrahirung der obligatio auf die Contracte, er liegt in dieser Theorie selbst, die eben so fehlerhaft, und dem ursprünglichen Geiste des Römi-

schen Rechts zuwider ist. Hätte man von Hause aus zwischen obligatio civilis und naturalis s. ex jure gentium so unterschieden, daß man beide auf die ihnen eigenthümliche Art entstehen lassen, so hätte der eine Irrthum den andern nicht nach sich gezogen. Aber man bedenke, daß die Doctrin bey den Römern durch eigentliche Geschäftsmänner gebildet wurde.

Wir können nun zwar, was einmal da ist, nicht wegwerfen, aber wir müssen ihm durch die Geschichte zur Hülfe kommen, und uns die Sache in der falschen Vorstellung so richtig denken. Die obligatio civilis kann sich nur bilden, entweder durch einen modus contrahendi civilis, z. B. durch die stipulatio, oder durch den Ausspruch der lex allein. Eben so die obligatio juris gentium nur durch einen modus contrahendi juris gentium (deren es nur zwey giebt, res und consensus), oder durch den Ausspruch des juris gentium allein (ob dieser überall statt gefunden habe, wissen wir doch nicht *n*). Die obligatio auf die Contracte angewendet würden nun conventiones civiles ganz ausfallen, und bloß die pacta juris gentium, so fern sie Contracte sind, in reales und consensuales eingetheilt werden. Die Eintheilung in verbales und literales würde allein als etwas Eigenthümliches für die conventiones civiles verbleiben.

III. Die Eintheilung der Contracte in contractus bonae fidei und stricti juris gründet sich gleichfalls auf eine Zusammenwerfung des juris gentium mit dem jure civili. Der ganze Unterschied zwischen negotiis bonae

n) Ich bitte, dieß als einen Nachtrag zu dem zu betrachten, was ich im ersten Theil dieses Werks über die obligatio gesagt habe. Woran ich derzeit noch zweifelte, ist mir jetzt ganz klar geworden.

fidei und stricti juris beruht unstreitig auf dieser Zusammenwerfung. Ein contractus stricti juris läßt sich nur denken, wo ein Pact von Anfang an als conventio juris civilis erscheint, d. h. mit Anwendung der Römischen Form paciscirt worden ist, oder ein ursprüngliches pactum juris gentium durch angewandte Römische Form hinterher in ein pactum juris civilis ist umgeschaffen worden. Der Unterschied zwischen contractus stricti juris und bonae fidei ist dann sehr natürlich. Bey dem ersteren geht alles strenge darnach wie gesprochen und niedergeschrieben worden: darnach erfolgt auch die condemnatio. Was außer den verbis und literis liegt, geht den Richter nichts an. Ausflüchte, die nicht aus den verbis und literis selbst hergenommen werden können, kommen nicht in Betracht. Von unserer Verweisung ad separatum wußten die Römer nichts. War die Sache rechtskräftig entschieden, so war sie einmal für allemal beendigt. Darum mußte der Prätor dem in einem negotio stricti juris lädirten mit der restitutio in integrum zu Hülfe kommen. Was bey einem negotio bonae fidei von Anfang an als exceptio geltend gemacht werden konnte, z. B. dolus und error, konnte es hier nur erst hinterher durch die restitutio in integrum.

Zu mehrerer Aufklärung des bisher Gesagten mögen hier noch folgende Bemerkungen stehen.

1) Man kann wohl als gewiß annehmen, daß von Anfang an keine Pacte bey den Römern das Römische Verfolgungsrecht hatten als die contractus juris civilis, d. h. die mit Römischer Form abgeschlossenen Pacte. Darum aber blieben die pacta juris gentium nicht ohne alle Wirkung, weil, wie Th. 1. Abh. III. gezeigt wor-

den ist, das jus naturale und gentium auch ein Verfolgungsrecht gab — nur kein Römisches. Denn so allein läßt es sich nur erklären, wie die Römer mit ihrem beschränkten jus civile fertig werden konnten, und wie sich das Verkehr mit dem peregrinus machte, der ja gar kein jus civile hatte, mit dem man daher auch nicht in Römischer Form contrahiren konnte.

2) Eben so gewiß kann angenommen werden, daß nach dem jure gentium das re contrahere oben an stand, nicht weil es das Natürlichste ist, sondern weil der ernstliche Wille, worauf doch hier alles ankommt, daraus am meisten erkennbar ist. — Das „solo consensu contrahere" wurde zwar auch respectirt, allein dabey mußten doch Untersuchungen zulässig seyn, die bey dem „re contrahere" von selbst wegfielen.

3) Die Römer, wenn sie auch pacta juris gentium und civilis von einander noch so strenge Anfangs unterschieden, sahen sich doch genöthiget, aus den pactis juris gentium, welche re contrahirt waren, theilweise ein Römisches Verfolgungsrecht in der exceptio zu gestatten. — Ihr System der pacta civilia gründete sich doch auf die Ernstlichkeit des Willens. Diese war hier doch eben so gut durch die Leistung von der einen Seite, und die Entgegennahme auf der andern erklärt, als sie durch die strengste Römische Form nur erklärt werden konnte. So ist die exceptio aus pactis juris gentium, welche re abgeschlossen wurden, nicht bloß etwas sehr Natürliches, sondern auch gewiß etwas sehr Altes. — Was nicht gleich bey der Abschließung des Pacts geschah, konnte hinterher geschehen: es konnte das Pact solo consensu abgeschlossen werden, und hinterher von der einen Seite durch ge-

Geben, und Annehmen von der andern Seite der Anfang der Erfüllung gemacht werden. Hatte man exceptio für den Fall gegeben, wo gleich Anfangs re war contrahirt worden, so durfte man auch hier mit der exceptio nicht zurückbleiben, denn die Sache war doch im Grunde dieselbe. So ergiebt sich, was es mit dem Satze, daß die Römer Anfangs aus pactis juris gentium zwar exceptionem, aber nicht actionem gegeben, auf sich hat. Wahr ist er, in so fern man ihn auf die pacta beschränkt, welche ursprünglich re contrahirt worden, so daß res gegeben und angenommen wurde, oder über das dare ut des s. ut facias contrahirt war, und hinterher wirklich gegeben und angenommen wurde, unwahr hingegen, in so fern man ihn generalisirt, und auch auf das facio ut des oder facio ut facias extendirt. Als Absurdität würde er vollends erscheinen, wenn man ihn auf das bloße consensu contrahere, ohne daß weiter das contrahere auf der einen oder der andern Seite realisirt wird, ausdehnen wollte.

4) Das Bedürfniß nöthigte die Römer, einigen pactis juris gentium, ohne welche sich das Verkehr auch inter cives nicht machen wollte, das volle Römische Verfolgungsrecht zu gestatten. Man konnte sie nicht in die Römischen Formen einzwängen, z. B. Kauf, Miethe u. s. w., denn wer konnte bey jeder Sache, die er auf dem Markte kaufte rc., die Römische Form anwenden. Man hielt es späterhin für gerathen, das reelle Verfolgungsrecht auch allen pactis juris gentium zu geben, die das συνάλλαγμα hatten, aber nur denen, welche es von vorn herein hatten, es nicht erst hinterher bekamen, denn bey den letzteren glaubte man, es bey der herkömmlichen exceptio bewenden lassen zu

können. Die pacta juris gentium, welche das συνάλλαγμα hatten, hatten doch mit den pactis juris civilis immer in so fern eine große Aehnlichkeit, als sie eben so ernstlich abgeschlossen erschienen, als wenn die Römische Form dazwischen gekommen wäre.

5) Bey der steigenden Cultur des Staats und der größer werdenden Bedürfnisse fand man es am gerathensten, die pacta juris gentium nuda ohne Unterschied, ob sie nach dem ältern Recht ein theilweises Römisches Verfolgungsrecht in der exceptio oder gar keins hatten, der Beurtheilung des Prätors zu unterwerfen, und diesem zu erlauben, daraus nach Umständen ein volles Römisches Verfolgungsrecht zu gestatten oder nicht, wie er es der Sache angemessen fand. Der Hauptgesichtspunct für den Prätor blieb hier wohl immer der, ob das Pact, wenn hinterher war theilweise erfüllt worden, oder wenn es auch nur bey dem solus consensus geblieben war, doch eben die Festigkeit hatte, als wenn re von Anfang an war contrahirt worden. Das ließ sich nun wohl immer annehmen, wenn von der einen Seite in der Folge durch Geben war erfüllt, und von der andern acceptirt worden, aber ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten hatte die Sache, wenn bloß durch facere von der einen Seite war erfüllt worden, oder noch von keinem Theil durch irgend etwas erfüllt worden war, denn hier kam im ersten Fall es auf die Prüfung der Acceptation an, im letzteren überall auf die Ernstlichkeit der Vereinbarung. Die Umstände müssen hier alles entscheiden: viel vernünftiger war es, solche pacta juris gentium zuvor der Beurtheilung des mit der jurisdictio nicht bloß, sondern auch mit einer provisorischen Gesetzgebung bekleideten Staatsbeamten

zu unterwerfen, als ihnen geradezu und generell das Römische Verfolgungsrecht zu ertheilen.

6) Für einige pacta nuda des juris gentium schien es indeß in der Folge gerathen ihnen auch geradezu und ohne sie erst der Beurtheilung des Staatsbeamten zu unterwerfen, das volle Römische Verfolgungsrecht zu ertheilen, entweder des Credits wegen, z. B. beym pacto hypothecae, oder aus andern Gründen des gemeinen Bestens. Wer wollte denn z. B. auf eine bloße Hypothekenbestellung Geld hergegeben haben, wenn er hätte fürchten müssen, der Prätor könne auch wohl das Pact verwerfen. Es war also gewissermaßen Staatsnothwendigkeit, hier eine Ausnahme von der Regel zu machen.

Mich dünkt, man hat hier so ziemlich den ganzen Gang der Römischen legislation, so weit er sich durch Conjecturen erreichen läßt. Ich kann nicht weiter gehen als die Thatsachen gehen, aus welchen mir zu schließen nur erlaubt ist.

Aber noch ein Paar Bemerkungen mögen mir gestattet seyn. Oft verliert sich ein pactum juris gentium, sey es contractus oder pactum nudum so in einen solennen Act, daß es überall nicht, sondern bloß dieser Act in Betracht kommt, z. B. bey der mancipatio. Indeß strenge die Sache genommen, bleibt es doch immer davon trennbar. Oft erscheint es auch nur als die Initiative zu einem Contract, z. B. das pactum de vendendo, de locando. Es frägt sich, stehen diese initiativen Pacte den übrigen pactis nudis gleich, oder gilt das oben Gesagte nur von solchen Pacten, die wenigstens einen bestimmten Abschluß enthalten?

Ich glaube, sie stehen den Pacten, die einen bestimmten Abschluß, sey es auch nur solo consensu enthalten, ganz gleich. Denn der Prätor hat sich unumwunden erklärt, alle

pacta conventa erhalten zu wollen, die nichts Gesetzwidriges und Unrechtliches enthalten, und das genügt hier schon. Man darf nicht unterscheiden, wo die Gesetze keinen Unterschied machen.

§. 153.

II. Transacte. Es erscheint beym ersten Anblick sehr sonderbar, Pacte und Transacte von einander unterscheiden zu wollen, allein das Sonderbare verliert sich sogleich, wenn man sich ganz die Ansicht der Römer zu eigen macht. Dadurch heben sich denn auch zugleich manche Puncte von selbst, die man ehedem zu den streitigen zählte, z. B. ob de lite per sententiam finita transigirt werden könne. Der eigentliche Römische Gesichtspunct ist dieser. Jede Convention, bey welcher es um Leisten (Geben oder Thun, wohin auch das Erlassen (remittere) gehört) handelt, ist als Pact zu betrachten. Vereinigt man sich hingegen bloß über einen streitigen Gegenstand, so ist diese Vereinigung ein Transact. Mit dem Transact concurrirt ein Pact so oft, als bey dieser Vereinigung Entsagungen, oder wirkliche Leistungen vorkommen, ohne daß übrigens die Eigenthümlichkeiten beider Conventionen aufhören und ihre Grenzen verrückt werden. Gleich zu Anfang des Titels der Pandecten de transactionibus wird der Unterschied zwischen transactio und pactum haarscharf bestimmt. Die Stelle ist bereits oben nicht nur angeführt sondern auch ausgeschrieben worden [o]). Darnach gehört 1) zum Wesen des Transacts lis incerta neque finita, und ist er 2) beschränkt auf die bloße Vereinigung darüber. Daraus folgt zuerst, daß ohne lis, d. h. ohne eine an den Richter gebrachte Rechtssache gar kein Vergleich denkbar ist. Es ist dabey keine Frage, daß außergerichtliche Streitigkeiten

o) Seite 170. not. e.

auch durch Vereinbarung abgemacht werden können, allein alsdann gehört die Vereinbarung entweder zu den Pacten oder Conventionen überhaupt, und ist ein negotium juris gentium — nicht juris civilis. Der Umstand ist nach dem Römischen Recht höchst wichtig wegen der Rechtsmittel, die aus einer solchen Vereinbarung zustehen. Ich werde darüber weiter unten noch ausführlicher reden. Zweytens folgt, daß wenn die lis certa ist, oder zwar incerta, aber schon finita kein Transact mehr denkbar ist. Auch hier mögen sich die Partheyen einigen, aber ihre Einigung wird nicht als Transact betrachtet. Es frägt sich 1) was ist lis incerta? Die Gesetze erkären sich darüber nicht bestimmt. Nimmt man an, daß das Recht eine wächserne Nase habe, so würde jede lis für incerta angesehen werden können. Aber so denken die Römischen Juristen nicht, denn sonst hätten sie überall nicht so unterscheiden können. Nach ihrer Ansicht ist lis incerta, so oft als über das jus agendi — das fundamentum actionis, und das Gesuch des Klägers ganz oder zum Theil gegründete Zweifel obwalten. Wo alles auf indubitatum jus beruht, da kann auch von keiner lis incerta die Rede seyn. Indeß kann doch auch beym jus indubitatum lis incerta werden, z. B. wegen Abgangs der Beweismittel, oder weil andere Umstände dazwischen treten, die die Sache verändern, z. B. wegen der Exceptionen des Gegners. So kann lis ab initio certa, in der Folge incerta werden. Auf alle diese Umstände nahmen die Römer Rücksicht. Man kann daher die lis fast nicht eher als certa betrachten, als wenn klar ist, daß die Verurtheilung nach dem Gesuch des Klägers nothwendig erfolgen muß. Es ist aber allemal auf die Beschaffenheit der Sache selbst, nicht auf ein etwa schon ergangenes Urtheil zu sehen, denn auch durch die beyfälligste Sentenz wird lis nicht certior, als sie schon an sich war. Es läßt sich nicht leugnen, die Sache hat ihre eigenen Schwierigkeiten: bey den

Römern war wohl unstreitig, wenn man sich auf einen Transact berief, die Frage, ob wirklich ein Transact vorhanden sey, der vorläufigen Untersuchung und Beurtheilung des Prätors unterworfen. — Eine dritte Folge der obenstehenden Sätze ist, daß nur so lange, als lis noch dauert, ein Transact denkbar ist: Vereinbarungen nach beendigtem Rechtsstreit, die so häufig vorkommen und gar wohl geschehen mögen, gehören nicht mehr zu den Transacten. Es frägt sich, wann kann der Rechtsstreit als beendet angesehen werden? Man ist geneigt zu antworten: Sobald nicht bloß entschieden worden ist, sondern auch die Entscheidung die Rechtskraft betreten hat. Indeß erhellt aus *Dig. II, 15, L. 11.* „Post rem judicatum, etiam si provocatio non est interposita, tamen si negetur judicatum esse, vel ignorari potest, an judicatum sit: quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri potest," zur Genüge, daß der Transact noch so lange zulässig ist, als unter irgend einem gesetzlich nachgelassenen Vorwande, das Recht sowohl selbst, als die Vollziehung der erlangten rechtskräftigen Urthel bestritten werden mag, und wirklich bestritten wird. — Viertens und endlich folgt, daß was außer der simplen Vereinigung den Rechtsstreit aufzugeben, noch sonst an Vereinbarungen getroffen wird, gleichfalls nicht weiter zum Transact gehört.

Es sind daher keine wirklichen Transacte, wenn wir auch gleich den Ausdruck Transact jetzt davon gebrauchen, und die Römer es selbst auch wohl nicht immer so genau mit dem Ausdruck nahmen, in so fern es nicht der scharfen Bestimmung der Grenzen der Rechtsgeschäfte und der daraus entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten galt, 1) außergerichtliche Vereinbarungen, wodurch Streitigkeiten, die noch nicht zur gerichtlichen Discussion gekommen sind, gehoben werden. 2) Vereinbarungen über lis certa. 3) Vereinigungen über einen völlig beendigten Rechtsstreit. 4) Ver-

einbarungen bey Gelegenheit eines wirklichen Transacts, die Leistungen und Remissionen zur Folge haben.

Das wahre Wesen des Römischen Transacts besteht in der Vereinigung der Partheyen eine begonnene und noch nicht beendigte lis incerta ruhen zu lassen, welche taedio litis geschieht.

Mehrere Stellen der Pandecten-Compilation lassen sich nur richtig erklären, wenn man den Begriff des Transacts so faßt, als ich ihn hier gefaßt habe, z. B. *Dig. XII, 7, L. 65.* — Indeß scheint eine Stelle des Codex dem entgegen zu stehen, welche auch den trefflichen Westenberg p) (von den gewöhnlichen Definitionen des Vergleichs abstrahire ich hier ganz) hauptsächlich veranlaßt zu haben scheint, die transactio als rei dubiae conventa et non gratuita decisio gleich von vorn herein zu definiren.

Diese Stelle ist *Cod. II, 4, const. 38.* „Transactio nullo dato, vel retento, seu promisso minime procedit." Darnach scheint das Wesen des Transacts nicht in der Vereinigung den Rechtsstreit aufzugeben, sondern allein darin zu liegen, daß jeder der streitenden Theile etwas von seinen Prätensionen schwinden läßt, und so gewissermaaßen pacto die Sache entschieden wird. Die Stelle läßt sich nicht nur für sich allein, sondern auch in Verbindung mit den übrigen Constitutionen des Codex nicht anders erklären, als daß es durchaus an dem Wesentlichen des Transacts mangele, wenn keiner von den streitenden Theilen etwas von seinen Prätensionen aufgiebt, oder noch besser, daß sich ohne diese Bedingung überall kein Transact denken lasse. Die bloße Vereinigung der Partheyen taedio litis einen Rechtsstreit ruhen zu lassen, würde sonach nach dem Recht des Codex nicht als Transact betrachtet werden können.

---

p) *Princip. jur. sec. ordin. tit. de transact.* §. 1.

Die Etymologie des Worts transactio von trans und agere und die in den Pandecten enthaltene so scharfe Scheidung zwischen Pact und Transact zeigen deutlich genug, daß sich eine Veränderung in der Theorie späterhin zugetragen haben, und daß das bey Transacten gewöhnliche Pact mit dem Transact selbst zusammengeworfen seyn müsse; — daß die Zusammenwerfung nicht genügt habe, sondern daß man das Zufällige beym Transact sogar zum Wesentlichen desselben erhoben habe.

So bildet sich also nach dem neuern Recht ein Unterschied zwischen dem bloßen Aufgeben eines Rechtsstreits taedio litis durch Vereinbarung und dem Transact dahin, daß unter dem Transact die Beendigung eines angefangenen und noch nicht beendigten Rechtsstreits durch eine Vereinbarung verstanden wird, bey welcher jeder streitende Theil von seinen Forderungen nachläßt. Was also nach dem Recht der Pandecten das mit dem Transact verbundene besondere Pact ist, macht jetzt mit demselben zusammen ein Ganzes aus.

Der Unterschied zwischen dem älteren und neueren Recht würde mithin der seyn, daß wo vor Alters nur ex pacto geklagt werden konnte, jetzt aus dem Transact selbst geklagt werden kann. Aber dieß ist nicht die einzige Veränderung: noch andere scheinen sich durch das neuere Recht ergeben zu haben.

Erstens. Man scheint das Wort Transact in dem ausgedehnten Sinne genommen zu haben, wie wir jetzt unser „Vergleich" gebrauchen: So war denn Transact jede Vergleichung über Rechtsstreitigkeiten, mochte die Sache schon gerichtlich angebracht worden seyn oder nicht, es kam nur darauf an, daß es nicht an dem Criterium des Vergleichs, dem Nachlassen von den gegenseitigen Prätensionen fehlte.

Zweytens. Ursprünglich war jeder Transact eine Handlung vor dem Prätor, und konnte nicht anders zu Stande kommen. Als Handlung vor der Obrigkeit war er denn zugleich conventio juris civilis, denn das Ansehen des Prätors machte alle weitere Form des Civilrechts entbehrlich. — Außergerichtliche Vereinigungen über Rechtsstreitigkeiten, diese mochten schon gerichtlich begonnen haben oder nicht, waren ehedem bloße conventiones juris gentium. Bey dem erweiterten Begriff des Transacts scheinen sie insgesammt auch ins jus civile übergegangen zu seyn. Dennoch wird im Codex unterschieden zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Transacten, und ob die Transacte durch Stipulation oder per nudum pactum zu Stande kamen. Genau die Sache genommen, läßt sich wohl mit Grunde behaupten, daß es doch in Ansehung der außergerichtlichen Vergleiche bey dem älteren Rechtssystem geblieben, und keine actio von selbst daraus statt gefunden habe. So bildete sich denn in dem neueren Recht die Absurdität von einer transactio interveniente stipulatione und nudo pacto, woran das ältere Recht nicht dachte, und nicht denken konnte q).

Zwischen dem Recht der Pandecten und des Codex ist also eine große Dissonanz, die wohl beherzigt werden muß, wenn die Gesetze richtig erklärt und verstanden werden sollen. Die folgende kurze Tabelle versinnlicht sie völlig.

Transactio.

1. Juris antiqui s. pandectarum.	1. Jur. recentior. s. codicis.
1.	1.
Einfache Aufhebung des gerichtlich Begonnenen, aber noch	Aufhebung des entweder erst zu beginnenden, oder schon be-

q) *Cod. II, 4. const.* 28.

nicht beendigten Rechtsstreits durch Vereinbarung vor dem Prätor. — Was dabey sonst noch ausgemacht wird, gehört zum Pact, auch wenn wie gewöhnlich ist, die Partheyen gegenseitig von ihren Prätensionen nachlassen. — Der Transact ist convent. jur. civil. und giebt ein Römisches Verfolgungsrecht. — Außergerichtliche Vergleiche sind convent. juris gentium, so wie auch Vergleiche über völlig beendigte Rechtssachen. Beide erscheinen gar nicht als Transacte.	gonnenen Rechtsstreits dadurch, daß jeder streitende Theil von seinen Prätensionen fallen läßt. Was also jure antiquo als Pact erscheint, ist hier substantieller Theil des Transacts. Der Transact kann gerichtlich, auch außergerichtlich eingegangen werden: im ersten Fall begründet er schon an und für sich ein Römisches Verfolgungsrecht, im letzteren nicht. Es kommt im letzteren Fall alles darauf an, ob stipulatio oder nudum pactum dabey concurrirte.

Eine grobe Inconsequenz ist dabey geblieben. Wurden außergerichtliche Vergleiche nach dem neueren Recht auch als Transactionen betrachtet, wie auch Vergleiche über einen noch nicht begonnenen Rechtsstreit, so hätte man auch, was aber doch nicht geschehen ist, Vergleiche nach völlig beendigter Rechtssache für Transacte erklären müssen r).

---

r) Es wird nöthig seyn noch mit wenigen Worten zu bemerken, was nach dem neuern Recht geblieben, und was abgeändert worden ist. 1) Geblieben sind die Sätze, daß nach völlig beendigter Rechtssache kein Transact statt finde, eben so auch nicht de lite certa. *Cod. II*, 4, *const.* 12. Vereinigungen (bloße conventiones juris gentium) sind allerdings zulässig, die alsdann der Untersuchung des Prätors anheim fallen, der sie nach seinem Gutbefinden erhalten, und daraus Römisches Verfolgungsrecht geben, oder verwerfen mag. — 2) Aufgehoben dagegen ist der alte Begriff und das alte Wesen des Transacts: der neue Transact ist ein ex transactione et pacto componirtes Ding, mit Ausdehnung auf außergerichtliche Vereinbarungen, das daher eine ganz eigene oben bemerkte Stellung annimmt. Zu bemerken ist, daß man dem alten Trans-

Ich habe oben behauptet, der Transact sey seinem Ursprunge nach eine conventio civilis, — also kein Pact, am wenigsten ein pactum praetorium, wie man gewöhnlich behauptet. Er hat seinen Grund in der Römischen Rechtssitte, wie so viele andere Institute. Der alte Römische Transact konnte seiner Natur nach nur exceptio geben, wenn nämlich gegen seinen Inhalt lis wieder resuscitirt werden wollte. Der umgeformte und neue Transact hingegen muß auch schon eine actio geben, weil ohne sie das Verglichene nicht würde erlangt werden können. Der gerichtlich abgeschlossene Transact des neuern Rechts muß darum schon an und für sich von einem Römischen Verfolgungsrecht begleitet seyn, weil da alles vor dem Prätor abgethan wird, dessen Dazwischenkunst alle sonstige Form ersetzt, und solche überflüssig macht. Der Transact bleibt in der neuern Form zwar auch conventio civilis, aber die actio die aus dem mit ihm vereinigten oder vielmehr in ihm aufgenommenen Pact

---

act gleichfalls besondere Verabredungen beyzufügen pflegte. Von diesem Fall spricht *Dig. XV*, 2, *L.* 2. Transactum accipere quis potest non solum si aquiliana stipulatio fuerit subjecta, sed et si pactum conventum fuerit factum. Das Gesetz ist nicht so zu verstehen, als wenn sich ein Transact nur durch stipulatio oder durch nudum pactum überall mache, denn pactum und transactio sind ja nach ihrem Begriff und Wesen, nach dem Recht der Pandecten, verschieden. Das Gesetz läßt sich auch so verstehen, daß es dem gerichtlichen Transact gleich geachtet werden soll, wenn außergerichtlich in Folge der Aquilianischen Stipulation und des pacti conventi der Rechtsstreit als beendigt erscheint. Die Stelle geht offenbar auf die poena deserti vadimonii, welcher der reus enthoben wird, si de lite pactum vel transactum fuerit. Das transactum ist die Regel: das pactum vertritt aber die Stelle des Transacts. Man vergleiche übrigens mit dieser Darstellung noch M. *de Lutenberger Diss.* exhib. *transactionis notionem eamque ineundi modos ex juris rom. principiis.* Tub. 1795.

entspringt, ist eine actio praetoria, und kann füglich keine andere seyn, in so fern, wie hier vorausgesetzt wird, der Transact ein gerichtlicher war, aber eine einmal für allemal gegebene actio praetoria, keine welche erst nach vorgängiger Untersuchung der Sache verliehen wird. Bey außergerichtlichen Transacten kann die Klage nur entweder actio civilis seyn, wenn Stipulation dazwischen kam, oder eine nach vorgängiger Untersuchung von dem Prätor gestattete bey der Dazwischenkunft eines pacti nudi.

XXIII.

Generaltheorie der Pacte §. 154 — 156, und der Transacte §. 157 u. 158. — Untersuchung was das jetzige Recht an der Römischen Theorie abgeändert habe §. 159 u. 160.

§. 154.

Wenn angenommen werden muß, daß auch noch nach dem neuern Römischen Recht Pacte und Transactionen zwey ganz verschiedene Dinge sind, was auch zum Ueberfluß die Stellung in Justinians Compilationen beweist, so muß auch für beide eine besondere Generaltheorie angenommen werden. Dadurch wird denn die Stellung in diesem Abschnitt vollkommen gerechtfertigt.

I. **Generaltheorie der Pacte.** Zweck und Absicht der Pacte können zwar verschieden seyn, woher denn auch die verschiedenen Benennungen derselben entstehen. Solche von dem Zweck und der Absicht hergenommene Benennungen sind aber sehr wohl von denen zu unterscheiden, welche ihren Grund in andern Umständen haben, nämlich entweder darin, daß dem Pact ein Römisches Verfolgungsrecht (vollkommenes oder unvollkommenes) beygelegt worden ist, oder daß auf die Art und Weise gesehen wird, wie bey dem Pact die obligatio contrahirt wird. Dazu kommen die Benennungen, welche der juristischen Systematik angehören, welche aber von den wesentlichen Benennungen ganz zu trennen sind. So sind hier auch auszuscheiden durch diese Systematik nachgebildete Benennungen, z. B. quasi contractus, die überall nicht zur Pactenlehre gehören. Man kann bey der Eintheilung der Pacte nur berücksichtigen Zweck und Absicht, die Art und Weise, wie das Pact zu Stande kommt, und das Verfolgungsrecht, welches aus demselben statt findet. Demnach sind bloß drey Haupteintheilungen anzunehmen.

1) Die Eintheilung in pacta liberatoria und obligatoria, je nachdem der Hauptzweck des Pacts die Aufhebung einer vorhandenen Verbindlichkeit, oder die Contrahirung einer noch nicht existirenden ist. Zu bemerken ist, daß das pactum liberatorium vorzugsweise auf die Vernichtung einer vorhandenen actio gerichtet ist.

2) Die Eintheilung in pacta realia und consensualia, je nachdem das pactum re oder solo consensu contrahirt wird. Schon oben ist bemerkt worden, daß das contrahere scriptura et verbis (sc. solennibus) überall nicht auf die pacta geht; desgleichen, daß durch facere eigentlich **nicht** contrahirt werden kann.

3) Die Eintheilung in contractus, den Contracten assimilirte pacta und pacta nuda, je nachdem das volle Römische Verfolgungsrecht ihnen von Anfang an entweder durch Gesetze oder durch die Rechtssitte war beygelegt worden, oder ihnen späterhin durch das Edict des Prätors oder durch constitutio ertheilt wurde, oder endlich nur exceptio oder auch nicht einmal ein theilweises Römisches Verfolgungsrecht daraus gesetzlich zustand, sondern alles dabey von dem Prätor abhing.

Das Characteristische der Pacte besteht in dem Leisten (dare sowohl als facere), und die ausdrückliche, darauf gerichtete Vereinbarung. Ob die Vereinbarung eine affirmative oder negative ist, ist völlig gleichgültig: strenger ist es überall mit dem Consens als mit der Leistung zu nehmen. Ohne ausdrücklichen Consens ist kein Pact denkbar. **Vereinbaren** (convenire) überhaupt mag man sich auch wohl consensu tacito, aber zum wirklichen Pact ist ausdrückliche Vereinigung erforderlich. Die Lehre vom pacto tacito ist

daher aus der Rechtstheorie zu verbannen, und an deren Stelle die vom pactum expressum allein zu setzen.

Die von den Gegenständen, welche das Pact umfaßt, hergenommene Eintheilung der Pacte in generelle (pacta generalia) und specielle (specialia) läßt sich sehr gut rechtfertigen, wenn man unter dem erstern Pact eine, alle zu einer gewissen Gattung gehörige Gegenstände, unter dem letztern dagegen eine über bestimmte homogene oder heterogene Gegenstände errichtete Vereinbarung versteht. Die Aufrechthaltung eines generellen Pacts durch den Prätor, läßt sich nach dem Römischen Recht nur da denken, wo die nicht in dem Pact bestimmten Gegenstände schon durch andere Beziehung vollkommen bestimmt sind, z. B. bey dem Pact, wodurch auf Forderungen, die man an den Andern aus Handelsgeschäften oder andern Gründen hat, verzichtet wird.

Eigene Schwierigkeiten hat die Römische Eintheilung der Pacte in pacta in rem und in personam. Die Hauptstelle ist hier *Dig. II, 14, L. 7, §. 8.* „Pactorum quaedam *in rem* sunt, quaedam *in personam.* In rem sunt, quoties generaliter paciscor *ne petam:* in personam, quoties *ne a persona petam*, id est ne a Lucio Titio petam. Utrum autem in rem an in personam pactum factum est, non minus ex verbis, quam ex mente convenientium aestimandum est: plerumque enim, ut et Paedius ait, persona pacto inseritur, non ut personale pactum fiat, sed ut demonstretur, cum quo pactum factum sit." Zwischen beiden soll der Unterschied statt haben, daß die pacta in rem auch den Erben und Bürgen zu statten kommen, die pacta in personam hingegen nicht, sondern auf die Person desjenigen beschränkt sind, mit welchem man paciscirt hat. Doch

glaubt Westenberg [u]) hinsichtlich der Bürgen enthalte die Nov 4. c. 1. eine Abänderung des bisherigen Rechts, weil nämlich den Gläubigern zur Pflicht gemacht worden, allemal erst den Hauptschuldner zu belangen, ehe sie an den Bürgen kommen dürfen.

Um zuerst von der Abänderung des bisher geltenden Rechts durch die Nov. 4. c. 1. zu sprechen, ist es wohl keine Frage, daß wenn das Pact gleich bey Contrahirung der obligatio, und mit Wissen des hinzutretenden Bürgen gemacht worden ist, von demselben das beneficium excussionis hernach nicht gebraucht werden könne, wenn er von vorn herein belangt wird, denn er hat stillschweigend darauf verzichtet. Mag sonst auch eine stillschweigende Verzichtleistung auf Rechtswohlthaten nichts gelten, so muß doch hier schon darum eine Ausnahme statt finden, weil der Bürge einer obligatio beytrat, die von Anfang durch das hinzugekommene pactum in personam gegen ihn gerichtet war. Anders verhält sich die Sache, wenn das pactum erst hinterher und hinter dem Rücken des Bürgen gemacht wurde. An sich und direct kommt es ihm zwar auch hier nicht zu statten, wohl aber indirect und folgeweise, nämlich, weil sich der Gläubiger selbst durch das Pact die Hände gebunden hat, der ihm obliegenden Schuldigkeit, zuerst den Schuldner zu belangen, Genüge zu leisten. Etwas anders ist es, wenn Zufälligkeiten ihn daran behindern: aber behindert er sich selbst daran, so mag der Bürge wohl das beneficium excussionis gegen ihn vorschützen, so lange diese Behinderung dauert.

Zur Sache selbst zu kommen ist so viel klar, daß bey der Eintheilung der pacta in rem und in personam, das „ne

u) *Loc. c. tit. de pact.* §. 64.

„ne petam" den eigentlichen Gesichtspunct abgiebt. Aber es frägt sich: giebt es den alleinigen Gesichtspunct ab, und kann die Eintheilung nicht auch auf die Verträge überall so angewendet werden, daß wo die obligatio bloß mit der Beschränkung auf die Person des Verpflichteten durch ein Pact contrahirt worden ist, ein pactum in personam, wo sie aber ohne diese Beschränkung contrahirt wird, ein pactum in rem anzunehmen ist?

Im Grunde ist es doch einerley, ob paciscirt wird: **ich will von deiner Person etwas nicht fordern, was du mir schuldig bist**, oder so: **du sollst mir nur für deine Person verpflichtet seyn.** Das „ne petam" scheint also mehr wie Beyspiel, als wie Bestimmung über die Natur und das Wesen des pacti in personam und in rem da zu stehen, besonders wenn man bedenkt, daß bey dem gesetzlichen Unterschiede zwischen pactis in personam und in rem doch am Ende alles darauf hinausläuft, ob das Pact nur die Person, mit welcher paciscirt worden ist, allein, oder auch Andere verbindet, die an ihre Stelle treten können, als die Erben und die Bürgen.

Bloß auf die *L. 7. §. 8.* Rücksicht genommen, dürften wir indeß schwerlich befugt seyn, die Eintheilung der Pacte in pacta in personam und in rem über das pactum „ne petum" hinaus auszudehnen. Aber es kommen auch hier andere Stellen zur Hülfe. Eine Hauptstelle ist die *L. 6, §. 5*, aus welcher deutlich erhellt, daß die Eintheilung auf alle Pacte geht, bey welchen bloß die Person, nicht auch die sonstigen gesetzlichen Stellvertreter ins Auge gefaßt worden sind.

Sonach würde also pactum in personam jedes Pact seyn, wodurch sich jemand bloß für seine Person zu etwas verpflichtet, oder sich anheischig macht, nur von einer ihm verbundenen Person etwas nicht zu fordern. Alle übrigen

pacta würden als pacta in rem erscheinen. Es ist zu bedenken, daß es hier allein den ausbedungenen Wirkungen gilt, nicht denen, welche die Gesetze aufgestellt haben. Wenn also die Gesetze schon die Wirkung eines Pacts auf die Person des Verpflichteten beschränkt haben, so gehört der Fall gar nicht in die Eintheilung.

Zu bemerken ist die gesetzliche Vorschrift, daß pacta in rem nur vermuthet werden sollen, gegen pacta in personam aber die Vermuthung streiten soll. Daß also die obligatio in personam contrahirt, oder ihre Verfolgung hinsichtlich der Person vernichtet worden ist, macht ein pactum noch nicht zum personale: es kommt vielmehr hier alles auf die Absicht der Paciscenten, und auf die nähere Bestimmung rücksichtlich des Pacts an. Hieraus allein muß beurtheilt werden, ob das pactum ein personale oder reale war.

Die Anwendung der Eintheilung der Rechtsgeschäfte überhaupt in negotia bonae fidei und stricti juris auf die pacta, insonderheit auf die Contracte, ist sehr natürlich, und hat weiter keine Schwierigkeiten. Anders verhält es sich mit der schon oben gedachten Anwendung der Theorie von der Contrahirung der obligatio, und der daraus gebildeten Eintheilung der Contracte in reales, verbales etc. Wirft man obligatio civilis und naturalis und pactum juris civilis und juris gentium zusammen, wie das die neuere Römische Jurisprudenz thut, so kann man allerdings sagen, die obligationes ex contractu würden entweder re contrahirt aut verbis, aut litteris, aut consensu, aber Real-, Verbal-, Literal- und Consensual-Contracte werden immer noch nicht daraus, denn das „re" verbis etc. geht immer nur auf die obligatio, nicht auf den Contract selbst. Folgt man aber dem ältern System, welches alles gehörig scheidet, so wird die obligatio ex pactis juris gentium contrahirt re et consensu, und die ex pacto civili, verbis et literis, wodurch

alsdann das Ganze abgemacht ist. Was von den pactis juris gentium überhaupt gilt, muß auch von ihren Unterarten, den Contracten gelten.

So wären wir nun nach diesen vorläufigen Berichtigungen dahin gekommmen, die Generaltheorie der Pacten geben zu können. — Kein Pact läßt sich nach dem Römischen Recht

1) ohne ausdrückliche Vereinbarung denken, obgleich übrigens auch tacito consensu Verbindlichkeiten entstehen können.

2) Es ist gleichgültig, ob der Consens mündlich oder schriftlich, in eigener Person oder durch einen Beauftragten erklärt wird, es sey denn, daß das Pact mit Anwendung der Civilform abgeschlossen werden soll, wo es darauf ankommt, was die anzuwendende Civilform fordert [v]).

3) Wer einen Willen überall hat, und diesen abgeben kann, kann auch paciseiren, es sey denn, daß ihn die Gesetze aus besondern Gründen ganz oder theilweise für unfähig dazu erklärt hätten [w]). Aber wer in bürgerlicher Form paciseiren, oder ein sogenanntes pactum

---

v) *Dig. II*, 14, *L.* 2. Labeo ait, conveniri posse vel re, vel per epistolam vel per nuntium, inter absentes quoque posse: sed etiam tacito consensu convenire intellegitur. Was Labeo hier generell über die Conventionen sagt, ist von den Compilatoren der Pandecten in besonderer Beziehung auf die Pacten zwar wiederholt worden, darf aber nicht so erklärt werden, als wenn es auch pacta tacita gebe. Denn etwas anders ist die conventio überhaupt und wieder etwas anders das pactum. Das eigentliche juristische pactum, das pactum conventum, wovon doch hier nur überall die Rede seyn kann, kann sich auch schon seiner Natur nach nicht durch consensus tacitus machen.

w) *Dig. l. c. L.* 1. §. 3. Siehe übrigens Westenberg *l. c.* §. 66 seq.

juris civilis eingehen will, muß dazu noch besonders geeignet seyn.

4) Die Qualification zum pactum juris civilis wird 1) generell begründet, dadurch, daß man jus civile hat: 2) speciell durch die natürliche oder gesetzliche Möglichkeit von der Civilform Gebrauch machen zu können. Wer also kein jus civile hat, kann überall kein pactum juris civilis eingehen, und wer jus civile hat, kann es nur dann, wenn die natürlichen oder gesetzlichen Erfordernisse ihm nicht abgehen. Läßt sich die eine Form nicht anwenden, so kann man doch die andere gebrauchen, z. B. wer nicht mündlich stipuliren kann, kann es doch schriftlich.

5) Wo durch ein Pact keine civilis obligatio entstehen kann, da kann doch naturalis obligatio statt finden. Wo also gar kein pactum juris civilis statt findet, oder das pactum juris gentium von keinem Römischen Verfolgungsrecht begleitet ist, da kann doch obligatio naturalis und natürliches Verfolgungsrecht eintreten. Daher erklärt es sich, warum unter Subjecten, die gesetzlich für eine Person gehalten werden, auch pactum juris gentium und obligatio naturalis statt finden kann, nicht aber pactum juris civilis, oder pactum juris gentium mit Römischem Verfolgungsrecht x).

x) Diese Berücksichtigung ist nach dem Römischen Recht von sehr wichtigen Folgen. So z. B. kann zwischen dem Vater und dem in seiner Gewalt befindlichen Sohn keine obligatio civilis consensu hervorgebracht werden, es gälte denn dem peculium castrense oder quasi castrense; eben so wenig kann eine solche obligatio statt haben zwischen zwey in derselben Gewalt befindlichen Geschwistern *Dig. XLIV, 7, L. 7. — XIV, 6, L. 2. — Dig. XII, 6. L. 38*; aber die Begründung einer obligatio naturalis ist dagegen keinem Zweifel unterworfen. — Servi können ferner kein pactum juris civilis eingehen, wohl aber ein pactum juris gentium.

6) Frägt man, in wie fern bey pactum dolus, vis, metus etc. in Betrachtung komme, so ist die Antwort: 1) Gehört das Pact zu den negotiis stricti juris, so gilt ganz das oben in der Lehre von Rechtsgeschäften Gesagte davon. Denn obgleich der Consens ein wesentliches Stück des Pacts ist, so wird doch die Frage über die Einwilligung, durch die Form, auf welche hier alles allein ankommt, in den Hintergrund geschoben. Nur durch die restitutio in integrum kann sich der Verletzte helfen. 2) Gehört dagegen das Pact zu den negotiis bonae fidei, so haben alle diese Dinge schon von selbst auf die Gültigkeit desselben Einfluß nach den näheren Bestimmungen, die oben angegeben worden sind.

In Absicht des error scheint jedoch bey Pacten eine Ausnahme von der Regel statt finden zu müssen. *Dig. XLIV, 7, L. 57.* heißt es: „In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat, puta qui emit, aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit: nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut si dissentiant, aliud alio existimante nihil valeat ea societas quae in consensu consistit." Daß die Stelle nur von solchen Rechtsgeschäften gilt, wobey der consensus alles ausmacht, ist klar: daß sie vorzugsweise von den Pacten zu verstehen ist, ist eben so klar. Es wird gesagt: der error schade ohne Unterschied, ob das Pact zu den negotiis stricti juris oder bonae fidei gehöre (versteht sich, daß er nach den oben gelehrten Grundsätzen überall schaden kann). Das kann nichts anders heißen, als der error könne auch bey pactis stricti juris entgegen gesetzt werden, und fordere Untersuchung, ohne daß man nöthig

habe, erst durch restitutio in integrum die exceptio, oder wenn schon erfüllt worden, die actio zu begründen, wie sonst bey negotiis stricti juris der Fall sey. Der Grund scheint zu seyn, weil, wenn auch bey negotiis stricti juris die Form alle übrige Betrachtungen in den Hintergrund schiebt, sie doch diejenigen nicht dahin schieben kann, welche das betreffen, ohne welches es eigentlich gar nicht gedacht werden kann, wie hier beym Pact der Consens ist. Dem ersten Anschein nach redet das Gesetz bloß von dem Irrthume, es ist mir aber gar nicht zweifelhaft, daß es auch von dem dolose verahlaßten error verstanden werden müsse. — Dieß ist um so mehr anzunehmen als beym dolus gleiche Gründe obwalten, auch dem durch dolus hervorgebrachten Irrthum noch viel weniger nachgesehen werden darf, als demjenigen, welchen eigene Schuld veranlaßt hat.

7) Man kann nur für sich und zu seinem Besten paciſciren, nicht auch für einen Andern und zu dessen Vortheil, man sey denn von ihm beauftragt worden, oder es komme die causa negotiorum gestionis dazwischen, oder der Andere mache mit dem Paciscenten eine Person aus. Wo ohne diese Berücksichtigung zum Vortheil eines Dritten paciscirt wird, erwirbt dieser aus dem Pact nie Rechte, es seyen ihm denn die bedungenen Vortheile förmlich angeboten, und von ihm eben so förmlich acceptirt worden (eine eigenmächtige Annahme ohne vorhergehende Anbietung findet überall nicht statt y). Von selbst versteht es sich übrigens,

---

y) Die Sache scheint indeß Schwierigkeiten zu haben *Dig. II*, 14, *L.* 17. §. 4. heißt es: Si pactus sum, *ne a me neve a Titio petatur*, non proderit Titio, etiamsi haeres exstiterit,

daß an dem Pact die Erben von selbst activ sowohl als passiv Antheil nehmen, es sey denn das Pact ein pactum in personam, wo die Erben der persona nicht daran participiren, oder von der Beschaffenheit, daß es entweder seiner Natur nach, oder vermöge besonderer gesetzlicher Bestimmung weder activ noch passiv die Erben angehen kann z).

---

quia ex post facto id confirmari non potest. Hoc Julianus scribit in patre qui pactus erat, *ne a se, neve a filia peteretur* cum filia patri heres exstitisset. Nach diesem Gesetz nutzte sogar dem Erben ein zu seinem Gunsten von dem Testator errichtetes Pact demselben nicht, wenn er demselben nicht schon vor dessen Ableben beygetreten war. Wie das „ex post facto" zu nehmen sey, bleibt sehr zweifelhaft, ob es so zu verstehen, daß der Beytritt sogleich nach errichtetem Pact, oder doch wenigstens noch bey Lebzeiten des Erblassers geschehen sollen. Wenn man indeß bedenkt, daß eine eigenmächtige Annahme nicht statt fand, sondern von dem Erblasser das Anbieten hätte geschehen müssen und auch nur allein geschehen konnte, dieses aber jetzt unmöglich war, so hebt sich die Schwierigkeit, und man sieht ein, daß es auf das „ex post facto" nur in so fern ankommt, als die Annahme erst zu einer Zeit geschah, wo sie gar keinen Effect mehr haben konnte.

z) Eigenthümlich ist die Bestimmung in *Dig. c. l. Tit. et Leg.* §. 5. wo es heißt „pactum conventum cum venditore factum, si in rem constituatur secundum plurium sententiam et emtori prodest, et hoc jure nos uti Pomponius scribit: secundum Sabini autem sententiam, etiamsi in personam conceptum est et in emtorem valet; qui hoc esse existimat, etsi per donationem successio facta sit." Gar sonderbar klingt die hier verworfene Meinung des Sabinus, welcher auch dem pacto in personam eine Wirkung hinsichtlich des Successors und sogar eines successor singularis beylegt, die es doch gar nicht haben kann. Es bleibt nur die Frage, wie ist es mit dem pacto in rem gemeynt, das hier auch dem Käufer zu statten kommen soll? Der Käufer ist ja hier successor singularis, von dem also nicht gelten kann, was vom Erben gilt. Wohl nur kann pactum in rem hier gemeynt seyn, wodurch dem Inhaber der Sache als solchem besondere Vortheile ausgemacht wurden, die jetzt auch dem Käufer zu gute kommen müssen.

Wenn gleich der Dritte aus einem Pact, dem er nicht beygetreten ist, nie directe Vortheile zu ziehen vermag, so vermag er sie doch indirect bisweilen zu ziehen. Dieß ist der Fall, wenn durch das Pact eine obligatio vernichtet worden ist, für die er intercedirt war.

8) Eben so wenig als ein Pact einem Dritten in der Regel Vortheil gewährt, eben so wenig schadet es ihm gleichfalls in der Regel [a]). Außer der Regel schadet es doch überall viel weniger als es Vortheil gewährt. Die Fälle, wo der Dritte mit einem der Paciscenten eine Person ausmacht, und wo der Staat den Dritten zwingt [b]) einem Pact beyzutreten, gehören schon zu den Ausnahmen von der Regel, die sich von selbst verstehen. Aber außer diesen Ausnahmen giebt es auch fast keine. Denn was der Gläubiger mit seinem Schuldner besonders paciscirt, gehet den Bürgen nichts an, eben so wenig den Schuldner, was von dem Gläubiger mit dem Bürgen beredet wird, u. s. f.

9) Es ist erlaubt Pacte, mit und ohne adjectio, wie es den Interessenten gefällt, abzuschließen. Für Pacte, welche ein adjectio haben, gilt alles, was oben von Willenserklärungen unter den lebenden mit einem Anhange gesagt worden ist.

10) Pacte können sowohl über Sachen als Handlungen errichtet werden, in so fern beide nur einem der Paciscenten angehören. Sind fremde Sachen und Handlungen versprochen worden, so wird das Pact mit dieser Modification aufrecht erhalten. 1) Die verspro-

---

a) *Dig. c. l., tit. et Leg.* §. *6.*
b) *Dig. c. l. et tit. L. 7.* §. *19.* u. *L. 8 seq.*

chene fremde Sache kann unbeschadet der Rechte des Eigenthümers von dem versprechenden Theile gefordert werden [c]), so daß er sie entweder selbst oder ihren Werth leisten muß. 2) Beym Versprechen fremder Handlungen kommt es darauf an, ob paciscirt worden ist, daß der Andere leisten solle oder nur, daß man die Leistung bewirken wolle. Ein Pact der ersten Art ist ganz unverbindlich, ein Pact der letzteren hingegen wird für verpflichtend gehalten [d]).

Zu den Pacten über Handlungen gehören auch die pacta über die Abschließung eines bestimmten Pacts, z. B. der Vertrag mit jemanden, einen Kauf, einen Miethscontract u. s. f. eingehen zu wollen. Solche Pacte sind ihrer Natur nach theils bedingt, theils unbedingt. Bedingt sind sie, in so fern es sich frägt, ob derjenige, welcher sich die Abschließung eines Pacts stipulirt hat, hernach auch die ihm von dem andern Theil gemachten Propositionen erfüllen will, unbedingt hingegen, wenn es von solchen Propositionen weiter gar nicht abhängt, z. B. bey dem pactum de donando. — Ob aber solche Pacte bey den Römern überall beachtet wurden, bleibt die Frage. Zu den pactis conventis kann man sie eben so gut zählen, als die andern Pacte, denn es kommt ja bey einem pacto convento bloß auf das ernstliche Meynen und den regelmäßigen Abschluß an, wodurch sich das pactum conventum von einer oberflächlichen Vereinbarung oder gegenseitigen Bewilligung unterscheidet. Indeß fehlt diesen Pacten doch

c) *Dig. XVIII*, 1, *L.* 28.

d) *Inst. III*, 20, §. 3. Si quis alium daturum facturumque quid promiserit non obligatur, veluti etc. Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur.

der Character der Bestimmtheit, worauf alles anzukommen scheint.

Uebrigens können Pacte, sowohl über gegenwärtige als zukünftige Sachen abgeschlossen werden, selbst die bloße Hoffnung (nuda spes) kann einen Gegenstand der Pacte abgeben [e]).

11) Jedes Pact muß nothwendig in sich selbst oder Beziehungsweise bestimmt, auch die Leistung an sich so wenig als die Erfüllung der bloßen Willkühr eines der Paciscenten überlassen seyn. Alle Pacte, bey welchen sich der Gegenstand entweder gar nicht bestimmen läßt, oder wobey die Bestimmung oder Erfüllung der Willkühr eines der Paciscenten allein überlassen worden ist, sind daher durchaus ungültig. Soll ein Dritter den Ausspruch thun, so ist zwar der Vertrag an sich gültig, er kann aber dadurch ungültig werden, wenn der Dritte den Ausspruch zu thun sich weigert, oder ihn nicht mehr thun kann, z. B. er ist verstorben.

§. 155.

So wie den Rechtsgeschäften überhaupt, welche gegen das Verbot der Gesetze laufen, die Nichtigkeit entweder ganz oder theilweise anklebt, eben so ist das auch bey gesetzwidrigen Pacten der Fall. 1) Pacte worin man sich zu etwas physisch oder moralisch Unmöglichen verpflichtet hat, sind durchaus nichtig [f]). Insbesondere und namentlich 2) sind noch verboten

---

e) Arg. *Dig. XVIII*, 1, *L.* 8. und *L.* 11. §. *fin.*

f) Folgt theils aus dem allgemeinen Satze *Dig. L*, 17, *L.* 185. „Impossibilium nulla datur obligatio, theils aus dem, was im ersten Theil über die stipulatio, und oben in diesem zweyten Theil über die Rechtsgeschäfte im Allgemeinen gesagt worden ist.

a) alle dem öffentlichen Interesse zuwider laufenden Pacte. Dahin gehören namentlich: α) die Pacte, worin die actio und exceptio doli direct sowohl als indirect ausgeschlossen wird [g]). Das Erstere geschieht durch namentliche Verzichtleistung darauf, das Letztere durch die Vereinbarung ne dolus praestetur. Es ist ganz gleichgültig, ob so eine Ausschließung dem Hauptpact hinzugefügt, oder hinterher besonders bedungen wird, und wie sie colorirt wird. Will man übrigens seine Rechte an einer Sache ganz aufgeben, und so zugleich auf actio und exceptio doli verzichten, so mag man das immerhin, nur darf mit Aufrechthaltung des Hauptrechts keine solche Verzichtung geschehen [h]). Denn Pacte schließen allen dolus so aus, daß auch wegen des zwar nicht zu Anfang vorhandenen, aber doch hernach hinzugekommenen dolus exceptio doli statt findet.

Es frägt sich, worin ist der Grund der gesetzlichen Vorschrift, daß kein Pact gelten soll, wodurch festgesetzt worden ist: ne dolus praestetur, zu suchen. Liegt er darin, daß ein Rechtsgeschäft mit dem dolus durchaus incompatibel ist, oder darin, daß das Pact nur Gelegenheit giebt zu betrügen. Das Erstere kann nicht der Fall seyn, weil der dolus eigentlich den negotiis stricti juris nicht schadet (die Restitution als außerordentliche Hülfe kommt hier nicht in Betracht), es

---

g) *Dig. II*, 14, *L.* 27. §. 3. Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur, ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat.

h) Dieß ist doch wirklich der Fall, wenn man auf die actio depositi verzichtet hat. Denn hier stellt man es ganz dem Gutbefinden des Andern anheim, ob er das depositum zurückgeben will oder nicht.

würde also nur das leztere übrig bleiben. Aber auch dieß ist nicht der wahre Grund, denn die Gelegenheit zum Betrug wird dadurch nicht größer, als sie schon an sich ist: der alleinige Grund ist, daß das Pact wider das öffentliche Interesse laufen würde, weil dem Staat daran gelegen ist, daß Betrügereyen zur Sprache gebracht und geahndet werden, wenigstens die Furcht vor der Rüge vom Betruge zurückhalte. Es ist derselbe Fall wie mit anderen Vergehen, wovon gleich weiter die Rede seyn wird. Alles was davon zu sagen ist, muß daher auch hier Anwendung finden: zugleich ergiebt sich, daß was vom dolus gilt, nicht auch von dem selbst veranlaßten Irrthum gelten kann: Pacte vielmehr, worin die Prästation desselben ausgeschlossen wird, sind vollkommen gültig.

Weiter und β) gehören hieher die Pacte, wodurch man sich verpflichtet hat, die actio furti oder injuriarum nicht anstellen, oder von dem interdicto unde vi keinen Gebrauch machen zu wollen [i]). Ob das Pact vor dem begangenen furtum etc. errichtet worden, oder hinterher, scheint gleichgültig zu seyn „expedit enim, heißt es in dem Gesez, timere furti vel injuriarum actionem," und die Furcht ist eben so gut nach begangenem Verbrechen als vor dessen Begehung da (im ersteren Fall noch stärker) so lange noch wirklich nicht geklagt worden ist. Indeß zeigt das

---

i) *Dig. l. t. et l. c.* §. 4. Pacta quae turpem causam continent, non sunt observanda: velut si paciscor ne furti agam, vel injuriarum si feceris: *expedit enim timere furti vel injuriarum poenam.* Sed post admissa haec pacisci possumus. Item ne experiar interdicto unde vi, quatenus causam publicam contingit, pacisci non possumus. Et in summa si pactum conventum a re privata remotum sit, non esse servandum.

„post haec admissa" deutlich, daß nur von einem vor begangenem Verbrechen abgeschlossenen Pact die Rede ist. Hinterher und wenn einmal das Verbrechen begangen worden, mag man immerhin paciſciren. Es kommt also nicht darauf an, daß der, welcher sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat, deshalb wirklich zur Verantwortung gezogen werde, sondern daß er sich nur fürchte.

In Absicht des interdicti unde vi wird noch insbesondere gesagt, „daß quatenus publicam causam contingit" gar kein Pact deshalb statt finde, und wird hinzugefügt „Et in summa, si pactum conventum a re privata remotum sit, non servandum."

Diese Bestimmungen führen nun zu der eigentlichen Generaltheorie über die Sache, so daß hier von dem Speciellen zu dem Generellen gar füglich vorgeschritten werden kann auf diese Weise.

Pacten wodurch man sich im Voraus anheischig gemacht, gesetzwidrige Handlungen nicht zu rügen, gelten durchaus nicht so, daß wenn man rügen will, einem das Pact entgegen gesetzt werden kann, wenn auch übrigens die gesetzwidrige Handlung nur ein bloßes Privatvergehen seyn sollte. Nach geschehener Gesetzwidrigkeit aber kann man immer darüber paciſciren, wie man Lust hat, und ist alsdann an das Pact gebunden.

Gilt es bey gesetzwidrigen Handlungen bloß der öffentlichen Strafe, so kann kein privatus darüber paciſciren. — Das pactum ist hier a re privata remotum.

Concurrirt bey einem Vergehen das Interesse des Staats wegen der Strafe, und das Interesse des *privatus* ebenfalls wegen der Strafe und des Schadenersatzes, so mag darüber wohl paciſcirt

werden, in so fern es das Privatinteresse gilt. Doch aber ist nur immer das Pact erst alsdann gültig, wenn es nach vorgefallener Gesetzwidrigkeit abgeschlossen worden ist. Vorher abgeschlossen hat es nie Gültigkeit.

Der Unterschied, welchen das Gesetz hier zwischen vorher und nachher abgeschlossenen Pacten macht, kann auch unbedenklich auf das pactum ne dolus praestetur angewendet werden.

Ich bemerke: was hier von Pacten gesagt wird, ist nicht auf die Transacte anwendbar, von welchen besondere Grundsätze gelten, wie wir weiter unten sehen werden. Hier ist bloß die Rede von einem Pact, wodurch man simpliciter auf die zuständige actio oder exceptio verzichtet, d. h. sich verpflichtet, davon entweder überall, oder unter gewissen Bedingungen, keinen Gebrauch zu machen.

Es braucht aber auch nicht gerade ein eigenthümliches Vergehen zu seyn, dessen Rüge durch das Pact ausgeschlossen wird, sondern es sind auch

γ) alle Pacte, wodurch man sich im voraus anheischig macht, wegen einer Verletzung nicht zu klagen oder eine Verletzung nicht zu verfolgen ungültig. Doch scheint hier unterschieden werden zu müssen, ob von einer Läsion die Rede ist, die Einer dem Andern absichtlich zufügen kann, und auch wirklich zugefügt hat, oder nur von einer solchen, die in einem Mangel der gehörigen Umsicht oder in Zufällen ihren Grund hat. Die Rüge der letzteren kann allerdings durch ein Pact ausgeschlossen werden, nicht aber die der ersteren. Mit besonderer Schwierigkeit ist die Beantwortung der Frage verknüpft: in wie fern die

Renunciationen gelten, welche man gewöhnlich den Contracten anzuhängen pflegt k)

Die Gründe sind hier dieselben wie bey wirklichen Vergehen, folglich muß auch dasselbe Resultat eintreten. Auch hier gilt der Satz: expedit timere etc. Es läuft durchgehends wider das öffentliche Interesse, wenn pflichtwidrige Handlungen nicht gerügt werden sollen. Zu den pflichtwidrigen Handlungen gehört aber auch jede Verletzung des Andern, wenn sie gleich kein eigentliches Verbrechen ausmacht. Endlich

δ) sind auch alle Pacte von selbst unhaltbar, wodurch **wirklichen** oder **erworbenen Rechten** des

---

k) Bekanntlich pflegt man in Contracten am Schlusse auf alle gegen den Contract mögliche Einreden verzichten zu lassen. Solche Renunciationen enthalten ein besonderes, dem Contract hinzugefügtes Pact, denn was nicht schon in der Natur des Contracts liegt, sondern besonders bedungen wird, gehört zu den adjicirten Pacten. Es frägt sich, nutzen solche Clausuln auch da, wo sie Verzichtleistungen enthalten, die als pacta ne dolus praestetur etc. zu betrachten sind, z. B. es wird auf exceptio doli, metus etc. verzichtet. Man könnte entgegen setzen, es sey ja schon betrogen worden, und falle also das Pact „ne dolus praestetur" erst in die Zeit nach begangenem Betruge. Denn nur vor Abschließung des Contracts oder bey derselben könne doch nur betrogen werden, und die Verzichtung werde ja dem abgeschlossenen Contracte angehängt. Darauf, ob einer wisse, daß er betrogen worden, oder nicht, käme ohnehin gar nichts an. Allein es ist zu bedenken, daß das Pact hier als ein Theil des Contracts erscheint, und von demselben unzertrennbar ist, daß man nothwendig annehmen muß, es sey in, mit und unter dem Betruge gleichsam paciscirt worden ne dolus praestetur, was also eben so gut ist, als wenn vorher wäre paciscirt worden. Eine Frage bleibt es überdieß noch, ob das „post haec admissa" in *Dig. II*, 14, *L.* 27, §. 4. nicht so zu verstehen, daß ein pactum ne dolus etc. praestetur nur überall unter der Bedingung gültig seyn soll, wenn es nicht bloß nach begangenem Betruge, sondern auch nachdem der Betrogene davon völlig in Kundschaft gesetzt wurde, zu Stande gekommen ist.

Staats zu nahe getreten oder das eigentliche Interesse des Staats verletzt wird. Denn so wenig durch Pacte der Privaten dem eigentlichen Staatszweck entgegengehandelt werden kann, eben so wenig können dadurch wohlerworbene Rechte des Staats verletzt werden [l]).

b) Pacte zwischen Personen, wovon die eine ganz in der Hand der andern steht, in so fern nämlich der Antrag dazu von der letztern kommt, weil von den Gesetzen besorgt wird, es möge die erstere Person aus Furcht in etwas willigen, worein sie sonst nicht gewilligt haben würde [m]).

c)

l) Hieher gehören die Fälle, wo nicht bloß über Sachen und Rechte des Staats paciscirt worden ist, in Ansehung welcher im Ganzen dasselbe gilt, was oben von dem Pact über Sachen und Rechte des Dritten gesagt worden ist, sondern insbesondere diejenigen Pacte, wodurch das Interesse des Staats auf irgend eine Weise gefährdet wird. Ein merkwürdiges Beyspiel davon enthält *Dig. II*, 14, *L.* 42. Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi praedii pignorati non adgnosceret, sed ejus solvendi necessitas debitorem spectaret, talem conventionem quantum ad fisci rationem, non esse servandam respondi; pactis etenim privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit.

m) *Cod. X*, 5, *const.* 9. „Quos etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea, quae periclitantes pro salute promittunt" beruht offenbar auf einem sehr allgemeinen Grunde. Man könnte einwenden, die Analogie lasse sich hier nur so weit treiben, um Versprechungen, welche man in wirklicher Gefahr oder in einer mißlichen Lage gethan hat, für unverbindlich zu erklären, denn darauf gehe doch nur das „periclitantes," aber nicht so weit, um alle Pacte zwischen Personen für unverbindlich zu erklären, wovon die eine in der Hand des Andern steht, wenn nämlich der Antrag von der letztern käme. Allein alles hängt hier von dem Consense und dem Einfluß des metus auf Rechtsgeschäfte ab. Wer sich ganz in der Hand des Andern befindet, und das wird hier vorausgesetzt, so daß auch hier sein Glück von demselben abhängt, der wird

c) Pacte, wodurch sich Sachwalde einen Antheil an dem Object des Rechtsstreits ausbedingen (pacta de quota litis [n]). Ob man die gesetzliche Vorschrift auch wohl auf Pacte ausdehnen darf, wodurch sich Bevollmächtigte und Geschäftsführer überhaupt einen Antheil an dem zu machenden Gewinnst ausbedingen? Ich glaube allerdings, denn in so fern nicht ein wirklicher Societätscontract dazwischen gekommen ist, tritt hier ein völlig gleicher Grund ein [o]).

d) Pacte, welche die künftige Erbfolge eines noch Lebenden nicht mit Einwilligenden zum Gegenstande haben, mag es sich handeln um selbige in welcher Hinsicht es wolle [p]). Das Pact scheint doch eigentlich darum für unzulässig erklärt worden zu seyn, weil es wider die öffentliche Ehrbarkeit ist, hinter den Rücken einer noch lebenden Person über deren Habe und Gut zu paciscieren. Daß man überall durch ein Pact seine Verlassenschaft nicht auf einen Andern übertragen kann,

---

wird sich, er mag wollen oder nicht, auch die von ihm gemacht Anträge gefallen lassen, und die Furcht ist hier eine völlig gerechte.

n) *Dig. II*, 14, *L.* 53. Sumtus quidem prorogare litiganti honestum est: pacisci autem, ut non quantitas eo nomine expensa cum usuris licitis restituatur, sed pars dimidia ejus, quod ex ea lite datum erit, non licet. *Cod. II*, 6, *const.* 5. u. 6.

o) Man werfe mir nicht vor, daß ich das Gesetz weiter ausdehne, als es nach der Absicht des Gesetzgebers ausgedehnt werden darf. Warum verbieten die Gesetze das pactum de quota lite? Bloß aus dem Grunde, damit Sachwalde die Partheyen, welche sich ihnen anvertrauen müssen, nicht um das Ihrige bringen und sich unregelmäßige Vortheile verschaffen sollen. Derselbe Grund tritt auch bey andern Mandatarien und Geschäftsführern ein. Ist es doch überhaupt untersagt, indem man seine Sachen oder Handlungen dem Andern zum Gebrauch verstattet, sich übermäßige Vortheile zu stipuliren.

p) *Cod. II*, 3, *const.* 30, const. 15. eod.

scheint darin allein seinen Grund zu haben, weil die Uebertragung der Erbschaft eine freye Sache bis an den Tod bleiben muß, und das Pact diese Freyheit beschränken würde. Darum können denn auch pacta de hereditate tertii, in so fern sie mit dessen Bewilligung eingegangen werden, denselben nicht binden, mit der Erbschaft andere Verfügungen zu treffen, als das Pact voraussetzt, und besteht das Pact überall nur unter der Voraussetzung, daß die Bedingungen eintreten, worauf es sich gründet.

§. 156.

In Betracht, daß der Prätor nur diejenigen pacta conventa aufrecht zu erhalten verspricht, welche nicht gegen die gesetzlichen Vorschriften anstoßen, wobey auch kein dolus concurrirt, werden in den Titeln der **Pandecten** und des **Codex** de pactis noch viele einzelne Fälle berührt, wo das Pact theils haltbar ist, theils nicht. Die Absicht der Compilatoren scheint es ganz eigentlich zu seyn, in diesen Titeln die einzelnen Entscheidungen zusammen zu stellen, aus welchen der Jurist seine Generaltheorie der Pacten entnehmen soll. Es wird aber immer von den einzelnen Entscheidungen selbst auszugehen seyn, um aus den Gründen derselben sich für die **beschränkende** oder **ausdehnende** Erklärung zu bestimmen. Die folgenden Sätze enthalten das Abstracte dieser Entscheidungen sowohl als der mit ihnen in Verbindung stehenden in andern Titeln der Pandecten und des Codex vorkommenden Bestimmungen.

I. Durch kein pactum privatum kann eine Infraction des juris publici geschehen. Das heißt so viel, es ist kein Pact zulässig, wodurch eine Abweichung in Ansehung der für die Rechtsgeschäfte gesetzlich vorgeschrie-

benen Form bedungen wird, wenigstens hat es keine Kraft und Wirkung. Es können ferner nicht durch ein Pact diejenigen Wirkungen ausgeschlossen werden, welche das Gesetz mit einem Rechtsgeschäft **nothwendig** und **absolut dergestalt** verbindet, daß sie ganz von der **Privatverfügung** unabhängig sind. So ist auch unstreitig *Dig. L, 17, L. 27.* „Nec ex praetorio, nec ex solemni jure, privatorum conventione quicquam mutandum est (quamvis obligationum causae pactione possint immutari, et ipso jure et per pacti conventi exceptionem): quia actionum modus vel per praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc cum inchoatur actio inter eos convenit" zu verstehen. Daß actio und obligatio hier für synonym genommen werden, ist klar, daher auch mit der Florentina zuletzt actio, und nicht wie die meisten vulgatae und einige Handschriften haben, pactio gelesen werden muß. Das Gesetz will so viel: mag ein Rechtsgeschäft durchs jus civile oder durchs praetorium eine gewisse Form erhalten haben, so kann diese Form nicht durch ein Pact entfernt werden: nur in Ansehung der Wirkungen des Rechtsgeschäfts können durch Pacte Abänderungen getroffen werden, (wenn, wi ehier vorausgesetzt wird, ihr Eintritt nicht absolut durch das Gesetz bedingt ist), nur müssen solche Abänderungen gleich vom Anfang an und bey der Contrahirung der obligatio geschehen, weil sonst die gewöhnlichen Rechtswirkungen eintreten. Das „cum inchoatur actio" heißt hier nichts anders, als cum inchoatur obligatio, wie der ganze Zusammenhang des Gesetzes zeigt. Damit ist nun keineswegs gesagt, daß nicht auch noch hinterher Abänderungen durch ein Pact zulässig wären, denn so wie es erlaubt

ist pacto einen Contract aufzuheben, so muß es auch erlaubt seyn, durch ein nach Abschluß des Contracts errichtetes Pact Abänderungen der bereits eingetretenen Rechtswirkungen zu bestimmen. Der Gemeinplatz *Dig. L. 14, L. 38.* „Jus publicum privatorum pactis mutari non potest" bedeutet nichts weiter, als daß überall nicht durch Pacte der Privaten etwas Constitutions- und Gesetzwidriges bestimmt werden kann.

II. Man kann sich durch Pacte rücksichtlich seines Eigenthums und seiner Rechte und der Verfügung darüber zwar die Hände binden, doch aber nicht so, daß einem beide ganz unnütz würden. Etwas Anderes ist es, Eigenthum und Rechte ganz aufzugeben, und wieder etwas Anderes beide zu beschränken. Alle Kraft und Wirkung ist namentlich den Pacten entgegen, ne sibi locum suum dedicare liceat: ne sibi in suo mortuum sepelire liceat: ne vicino invito praedium alienet q). Mit dem Verbot des letzteren Pacts ist jedoch nicht zugleich untersagt worden, sich ein Vorkaufsrecht auszubedingen.

III. Durch ein Pact aufgehobene Rechte können durch ein neues nicht wieder restituirt werden, wenn die Restitution nicht zugleich den Grund betrifft, worauf sie beruhen, und die Wiederherstellung dieses Grundes überall durch ein Pact möglich ist. Bey aufgehobenen Rechtsgeschäften kommt überdieß noch die Form in Betracht. Dieß ist der Sinn von *Dig. II, 14, L. 27, §. 2.* „— — Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut injuriarum, non poterit postea paciscendo, ut agere

---

q) *Dig. II, 14, L. 61.*

possit, agere: quia et *prima actio sublata est*, et *posterius pactum* ad *actionem parandam inefficax sit*: non enim ex pacto injuriarum actio nascitur, *sed ex contumelia*. Idem dicemus et in *bonae fidei contractibus*, si pactum conventum *totam* obligationem sustulerit, veluti emti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod et in specie dotis actionis procedere potest: puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato, dos reddatur: incipiet dos redire ad jus suum: nec dicendum est deteriorem conditionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad jus, quod lex naturae ejus tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. Haec et Scaevolae nostro placuerunt." Daß die actio injuriarum, auf welche per pactum verzichtet worden ist, nicht durch ein folgendes Pact wieder hergestellt werden kann, ist völlig klar, denn es kann die contumelia ja dadurch nicht wieder restituirt werden, worauf sie doch nur allein beruht. Ein Gleiches würde der Fall seyn mit der actio doli und andern Klagen, die einen eigenthümlichen Grund haben, worauf sie beruhen. Man könnte sagen, das Römische Verfolgungsrecht sey doch von dem Grunde, worauf es beruhe trennbar, die Aufhebung desselben enthalte noch nicht die Aufhebung seines Grundes u. s. w. Allein in der Aufhebung des Verfolgungsrechts ist schon zugleich die Aufhebung seines Grundes stillschweigend mit begriffen, wenn nicht etwas Anderes festgesetzt worden ist. Dieß ist der Gesichtspunct, von welchem das Gesetz ausgeht, und das allein leitende Prinzip seiner Entscheidung. Ein anderer Gesichts-

punct tritt ein bey der directen Aufhebung eines Rechtsgeschäfts durch ein Pact. Ist diese geschehen, so kann die Restitution nicht durch ein bloßes zweytes Pact erfolgen, sondern nur durch eine förmliche Wiederholung des Rechtsgeschäfts. Darum soll auch bey bonae fidei contractibus (contr. str. jur. können ja überall nicht durch ein bloßes Pact aufgehoben werden) wenn der ganze Contract per pactum aufgehoben worden, die Restitution nicht durch ein neues Pact geschehen können, sondern das Pact soll bloß als Vorbereitung zu der förmlichen Erneuerung des aufgehobenen Contracts betrachtet werden. Etwas Anderes ist es, wenn bloß etwas von den gesetzlichen Eigenschaften und Wirkungen des Contracts durch ein Pact aufgehoben war, und jetzt durch ein zweytes Pact diese Aufhebung wieder rückgängig gemacht werden soll. Die Folge ist, daß wo die obligatio durch ein bloßes Pact contrahirt und hernach durch ein bloßes Pact aufgehoben war, sie auch schon durch ein bloßes Pact restituirt werden könne.

Aber wie, wenn nun bloß auf das Verfolgungsrecht aus dem Contract verzichtet worden ist? daß solches erlaubt sey, ist keine Frage, die Gesetze enthalten ja selbst das Pact: ne depositi agam als erlaubt. Kann hier schon durch ein bloßes Pact das Verfolgungsrecht restituirt werden? Ich glaube, der Fall muß ganz nach den vorhin gedachten Grundsätzen beurtheilt werden, denn die unbedingte Verzichtung auf das Verfolgungsrecht enthält zugleich eine Verzichtung auf die obligatio.

Die eigentliche Schwierigkeit ist nur, wenn man sagen könne, der Grund der verzichteten actio sey per pactum unwiederherstellbar. Das Gesetz enthält nur

ein Beyspiel in der actio injuriarum, von welcher man wohl analogisch auf ähnliche Actionen schließen kann, durch welchen Schluß aber doch immer noch nicht eine Regel begründet wird. Diese muß auf andere Weise gefunden werden. Man kann nicht wohl sagen, eine actio, welche nicht per pactum begründet worden, könne auch, wenn sie aufgehoben worden, nicht durch ein Pact restituirt werden, denn dieser Behauptung widersprechen klare Gesetze. Der Gesichtspunct muß lediglich der bleiben, daß das Fundament der actio der Wiederherstellung durch ein Pact überall unfähig ist. Dieß ist sie nur so oft, als sie von Anfang an überall nicht durch ein Pact begründet werden kann — überall nicht durch conventio. Deutlich erhellt das aus dem Gesetze selbst, in den Worten „non enim ex pacto injuriarum actio nascitur sed ex contumelia" und aus dem, was über die Restitution bey Contracten gesagt wird. Darnach würde für die Wiederherstellung einer per pactum aufgehobenen obligatio, nur die obligatio übrig bleiben, welche überall durch ein Pact begründet werden kann: obligationes ex delicto und contractu sowohl, als obligationes aus sogenannten Quasi-Delicten würden der Wiederherstellung durch ein Pact überall nicht fähig seyn. Bey Contracten würde ein solches auf die Wiederherstellung gerichtetes Pact nur als die Initiative zur förmlichen Wiederholung des aufgehobenen Contracts betrachtet werden können: bey Delicten, und Quasi-Delicten würde es gar nichts leisten, denn man kann nicht vertragsmäßig delinquiren oder quasi-delinquiren. Aber, wie nun bey den sogenannten Quasi-Contracten, z. B. es ist auf eine Schwängerungsklage, oder auf eine actio negotiorum gestorum verzichtet worden,

und es handelt sich um Wiederherstellung der actio durch ein Pact? Ist die obligatio von der Art, daß sie durch ein Pact begründet werden kann, so findet allerdings auch Wiederherstellung durch ein Pact statt, ohnedem nicht r).

So ist also klar, daß durch ein Pact Obligationen zwar aufgehoben werden können, die nicht durch ein Pact begründet wurden, aber keine aufgehobene durch ein Pact anders hergestellt werden können, als wenn auch ihre Begründung durch ein Pact möglich war.

IV Pacte, woraus ein Dritter bereits ein Recht erworben hat, können nicht so wieder aufgehoben werden, daß ihm sein erworbenes Recht wider Willen entzogen würde. Eben so können aufgehobene Obligationen, für welche er intercedirt hatte, nicht zu seiner Belästigung wieder restituirt werden, sondern die Restitution macht sich durch das Pact bloß unter den Interessenten. Der erstere Satz versteht sich von selbst, und der leztere ist deutlich *Dig. II, 14, L. 62.* ausgesprochen. „Si reus (heißt es) postquam pactus sit, a se non peti pecuniam, ideoque coepit id pactum fidejussori quoque prodesse, pactus sit, ut a se peti liceat: an utilitas prioris pacti sublata sit fidejussori, quaesitum est? sed verius est, semel adquisitam pacti exceptionem ulterius ei invito extorqueri non posse." Die gesezliche Bestimmung gründet sich

r) So würde z. B. die aufgegebene Schwängerungsklage nicht per pactum restituirt werden können, weil nicht per pactum geschwängert werden kann, wohl aber die actio negot. gestor., weil man jemanden durch ein Pact die Ausrichtung seiner Geschäfte committiren kann.

darauf, daß die restituirte obligatio doch immer im Grunde als eine neue zu betrachten ist, und der Bürge nur für die alte gutgesagt hatte, die nicht mehr vorhanden ist.

Das Pact des Hauptschuldners, wodurch die obligatio aufgehoben wird, kommt also dem Bürgen so von Rechtswegen zu statten, daß für ihn eine absolute Erlöschung der obligatio eintritt, und die hinterher erfolgte Restitution der obligatio für ihn keine Verpflichtung wirkt, es sey denn, daß er darin gewilligt hätte. Aber es frägt sich: wie wenn der Gläubiger mit dem Bürgen paciscirt hat, kommt das Pact auch dem Hauptschuldner zu statten, und wenn die obligatio wieder restituirt wird, hat auch die Restitution auf ihn von Rechtswegen Einfluß? *Dig. II, 14, L. 25, §. 2.* heißt es „Sed quamvis fidejussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli exceptionem reo profuturam, Julianus scribit." Als leitendes Prinzip wird hier der Satz aufgestellt, daß das pactum fidejussoris dem Hauptschuldner nicht zu statten komme: daß das Pact des leztern seinen Einfluß auch von Rechtswegen auf den ersteren äußere, wird als bekannt vorausgesezt. Doch meynt Julian, es werde meistentheils dem reo auch die exceptio doli zu statten kommen, wenn der Gläubiger mit dem Bürgen paciscirt habe. Es frägt sich, was hat es hier mit der exceptio doli und dem „plerumque" eigentlich für eine Bewandtniß? Um in dieser Lehre den richtigen Gesichtspunct zu fassen, muß man unterscheiden, ob das Pact dahin ging „ne peteretur" oder nur dahin „ne a se peteretur." Das leztere ist eigentlich nur pactum in personam, und hat von dem Gläubiger mit dem Bürgen abgeschlossen auf

die obligatio des Hauptschuldners auch nicht den mindesten Einfluß: von dem Gläubiger mit dem Hauptschuldner errichtet auf die obligatio des Bürgen nur in so weit, daß er nach dem neuern Recht sich durch das beneficium exceptionis decken kann, wie oben gezeigt worden ist. Das erstere dagegen ist als pactum in rem, und die obligatio überall vernichtendes Pact zu betrachten: hat es der Gläubiger mit dem Hauptschuldner abgeschlossen, so kommt es dem Bürgen schon von Rechtswegen und von selbst zu statten: hat es aber der Gläubiger mit dem Bürgen errichtet, so hat es auf den Hauptschuldner darum keinen Einfluß, weil nach *Dig. II, 14, L. 23.* „fidejussoris nihil interest a reo pecuniam non peti," der Hauptschuldner hatte wohl ein Interesse „a fidejussore pecuniam non peti" denn er war dem Bürgen zur Entschädigung verpflichtet, und darum nahm man an, daß sein Pact ne peteretur auch dem Bürgen zu statten kommen müsse, weil sonst dasselbe für ihn ganz ohne Nutzen gewesen wäre. Das pactum in rem, welches der Bürge mit dem Gläubiger errichtet hatte, wird also hier als ein pactum in personam gedeutet; darum, weil dem Bürgen es ganz gleichglültig ist, ob der Gläubiger den Hauptschuldner noch belangt oder nicht. Wenn nun Julian meynt, daß meistens doch auch dem Hauptschuldner aus dem pactum fidejussoris cum creditore die exceptio doli zustehen werde, so setzt er dabey offenbar den Fall voraus, daß es die Absicht des Bürgen war, die Verbindlichkeit nicht bloß für seine Person, sondern auch für die Person des Hauptschuldners aufzuheben, und daß der Gläubiger das nicht deutlich genug bestimmte Pact mißbrauchte, um gegen den Schuldner zu verfahren. Man könnte ein-

wenden, es passe doch das „plerumque" nicht, denn im Zweifel müsse angenommen werden, daß der Bürge nur sich, nicht auch den Hauptschuldner frey machen wollen. Allein wenn das pactum als pactum in rem den Worten nach erscheint, so muß es auch von der Aufhebung der Verbindlichkeit überhaupt so lange gedeutet werden, als nicht erhellt, daß es eigentlich nur ein pactum personale seyn sollen. Von der Vermuthung also, daß der Bürge nur sich befreyen wollen, kann folglich nicht die Rede seyn. Warum aber Julian nur von der exceptio doli mit Hinsicht auf den Hauptschuldner, nicht von exceptio pacti spricht, darüber giebt *Dig. II, 14, L. 21, §. 2.* [s]) den Aufschluß.

Von dem Gesagten läßt sich nun leicht eine Anwendung machen auf den Fall, wo nur einer von mehreren Bürgen — ein cofidejussor — mit dem Gläubiger paciscirt hat. Sein Pact kommt weder dem andern cofidejussor noch dem Creditor zu statten, es sey denn, daß es ein pactum in rem wäre [t]). In so fern als die Summe, für welche gutgesagt worden ist, nicht von Anfang unter den mehreren Bürgen getheilt war (also fidejussio in solidum vorhanden ist, denn bey der theilbaren fidejussio macht sich alles schon von selbst) muß jedoch auch das pactum in personam dem andern Mitbürgen dahin zu statten kommen, daß wenn er auf das Ganze belangt wird, nur die eine Hälfte bezahlt, und für die andere das beneficium excussionis wegen

s) — — „Julianus quoque scribit, si pater pactus sit, ne a se neve a filio petatur, magis est, ut pacti exceptio filio danda non sit: sed doli prosit."

t) *Dig. II, 14, L. 23.* — — immo nec confidejussoribus proderit, neque enim quoquo modo cujusque interest."

der geschehenen Ausdehnung desselben auf die confidejussores gebracht.

Es ist hier der Ort auch noch Einiges über die obligatio correalis zu bemerken. Es ist Theil I. Seite 460 folg. über Natur und Wesen der Correal-Obligation genügend für meine Zwecke gesprochen worden. Sie steht da, als ein nach dem ältern Recht durchaus untheilbares Ding, dem aber nach dem neueren, wenn gleich nicht eine directe, doch indirecte Theilbarkeit zu statten kommt. Diese Theilbarkeit ist jedoch, wie a. a. O. gezeigt worden, nur in so fern anzunehmen, als es der gerichtlichen Verfolgung der Correal-Obligation gilt. Unter den Correal-Berechtigten ist so die Forderung ihrer Natur nach getheilt.

Es frägt sich jetzt, was hat das pactum „ne peteretur" des einen correus debendi auf den andern für einen Einfluß, eben so ein solches pactum des einen correus credendi mit dem Schuldner? Kann man hier zwischen pactum in personam und in rem unterscheiden, oder haben nicht vielmehr beide gleiche Wirkungen?

Deutlich ist *Dig. II, 14, L. 25.* bestimmt worden, daß bey duobus reis promittendi ebenfalls unterschieden werden soll, ob das mit dem einen errichtete Pact ein pactum in rem oder nur in personam war. Im ersten Fall soll es auch dem andern reus promittendi zu statten kommen, im letztern nicht. Bey duobus reis credendi scheint es dagegen nach *L. 27. eod.* anders zu seyn. Das pactum, wenn es auch wirklich ein pactum in rem ist, wird darnach so interpretirt, als wenn der paciscirende correus credendi nur seine Befugnisse aufgeben und den andern correus credendi

ermächtigen wollen, nicht bloß das Ganze zu fordern (wozu er ohne dieß berechtigt ist), sondern auch das Ganze zu behalten. Allein nach Th. I. S. 461 kann ja der eine correus doch die ganze obligatio für sich allein aufheben? Das kann er allerdings, aber nicht durch eine conventio juris gentium. Es ist eine Eigenheit des Rechts, welche sich auf Prinzipien gründet, die gleich ausführlicher vorgetragen werden sollen.

V. Obgleich durch Pacte Obligationen aller Art contrahirt werden können, so sind doch alle Obligationen ausgeschlossen, die nur durch conventio civilis ihre Entstehung erhalten können. Auch können bisweilen zwar Obligationen selbst, nicht aber in einem gewissen Nexus durch Pacte contrahirt werden. So z. B. läßt sich keine Correal Obligation per pactum, sondern nur allein durch Stipulation contrahiren u).

Auch kann man nicht durch Pacte auf alle und jede Rechte verzichten, z. B. nicht auf das Agnationsrecht v). Man kann sagen, gewisse Rechte können überall nicht durch conventio aufgehoben werden, sondern nur durch einen gesetzlich erlaubten Act, dessen Folge der Verlust dieser Rechte ist, z. B. bey der Adoption.

VI. Da jedes Pact und jeder Contract ihre gesetzlich bestimmten Grenzen und Eigenthümlichkeiten haben,

---

u) Die Correal-Obligation an sich ist unbestreitbar ein alleiniges Institut des juris civilis, nicht des juris gentium. Daraus folgt denn auch eben so unbestreitbar, daß sie nicht durch eine Einrichtung des juris gentium, wie alle Pacte sind, gestiftet werden kann.

v) *Dig. l. et. tit. c. L. 36.*

so muß bey der Concurrenz mehrerer Pacte und der Contracte und Pacte darauf gesehen werden, was jedem besonders angehört. Es begreift auch kein Pact eine größere Leistung oder Aufhebung einer obligatio in sich, als die, worauf es besonders gerichtet war.

Es frägt sich, kann man mit Hinsicht auf den letzteren Satz annehmen, daß wenn zwar eine Hauptverbindlichkeit per pactum aufgehoben worden, der bereits eingetretenen Nebenverbindlichkeiten aber nicht gedacht worden ist, diese als erhalten betrachtet werden müssen? z. B. A schuldigt dem B ein Capital mit Verzugs- oder bedungenen Zinsen: die Capitalsumme ist per pactum ne petatur erlassen, der Zinsen aber nicht gedacht worden. Die Frage ist allerdings zu bejahen, wenn gleich nicht aus dem Gesetz, aus welchem sie gewöhnlich bejahet zu werden pflegt w), allein es fehlt

---

w) Aus *Dig. l. et tit. c. L.* 54. „Scaevola apud Julianum libro XXII. Digest notat: si pactus sim, ne Stichum qui mihi debebatur, petam: non intellegitur mora mihi fieri, mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat" sucht *Petr. Bellojus varior. jur. civil.* c. 2. den Satz zu vertheidigen. Allein ganz klar redet das Gesetz nur von der Hauptverbindlichkeit und dem in Ansehung dieser begangenen Verzug. Die Erklärung der Stelle hat auch wirklich ihre eigenen Schwierigkeiten, so wie sie aus dem Zusammenhange gerissen da steht. Von der Leistung des Stichus selbst konnte nicht mehr die Rede seyn, denn der war todt, von der Leistung des Werthes auch nicht mehr, denn es war ja paciscirt worden, daß man den schuldigen Stichus fordern könne. Verstehe ich das Gesetz richtig, so redet es nicht von dem Fall, wo die Forderung des Stichus durch ein Pact überall war aufgehoben worden, sondern wo der Schuldner nur Aufschub erhalten hatte: also paciscirt worden war, daß Stichus noch binnen einer gewissen Zeit nicht sollte gefordert werden können. Nun starb Stichus, und es wurde gefragt, ob wegen Verzugs der Gläubiger nicht berechtigt sey, den Werth des Sclaven zu fordern. Scävola sagt: Nein, denn es sey

dem Gläubiger an einer Klage, womit er die übrig gebliebenen Nebenverbindlichkeiten verfolgen kann. Die Klage aus der Hauptverbindlichkeit ist erloschen, und nur mit dieser können die Nebenverbindlichkeiten verfolgt werden x). Etwas anders würde es seyn, wenn bey dem Pact über die Hauptverbindlichkeiten zugleich die Nebenverbindlichkeiten ausdrücklich wären vorbehalten worden. Indeß kann sich der Gläubiger auch außerdem durch exceptio helfen, wenn er Gelder des Schuldners in die Hände bekommt. Denn der Eintritt der Compensation für einen solchen Fall läßt sich nicht in Abrede stellen.

Fast scheint es, daß wenn obligationes durch Pacte contrahirt sind, ihre Wiederaufhebung gleichfalls durch Pacte den-

---

keine mora vorhanden, weil ja der Creditor selbst Aufschub gegeben: etwas anders sey es, wenn schon vorher mora begangen worden; aber war denn nicht die frühere mora durch das Pact, welches den Aufschub gab, erlassen worden? Dieß scheint Scävola nicht zuzugestehen, wenn in dem Pact (wie hier vorausgesetzt werden muß) darüber nichts bedungen war. Daraus ließe sich nun freylich so viel schließen, daß jedes Pact, wodurch Rechte aufgegeben worden sind, nur allemal von den aufgegebenen Rechten, und zwar strenge von diesen zu erklären sey, aber auch nichts weiter, und dieser Satz wird ja durchgehends bestätiget, so daß an ihm gar nicht zu zweifeln ist.

Es ist wahr: in Ansehung der Verzugszinsen scheint *Dig. IV*, 8, *L.* 23. entgegen zu stehen, worin der Satz aufgestellt wird, daß derjenige, welcher das Capital unbedingt entgegen genommen, auf die Conventionalstrafe stillschweigend verzichtet habe. Allein eines Theils ist zwischen Conventionalstrafe und Verzugszinsen ein himmelweiter Unterschied, und ist die erstere lange nicht so begünstiget, als die letzteren begünstigt sind; andern Theils muß die Aufhebung der obligatio durch die Erfüllung schon ganz andere Folgen haben, als die durch ein Pact. Jene läßt sich, wenn der Gläubiger den ihm offerirten Hauptstamm entgegen genommen hat, sehr wohl so erklären, daß er auf die Nebenleistungen Verzicht geleistet, nicht aber dieses.

x) *Dig. XXII*, 4, *L.* 7.

selben Gang nehmen müsse, welchen die Contrahirung der obligatio nahm; so daß, wenn die obligatio solo censensu contrahirt worden ist, auch zu ihrer Aufhebung nichts weiter als der solus consensus nöthig ist, war sie aber re contrahirt worden, auch die Aufhebung sogleich mit der Rückgabe des Empfangenen beginnen müsse. Einer hieher gehörigen Stelle der Pandecten läßt sich kaum ein anderer Sinn unterlegen y): es stimmt auch damit ganz der bekannte Satz des Römischen Rechts überein, daß eine obligatio auf eben die Weise aufgehoben werden müsse, in welcher sie contrahirt worden ist, der sehr natürlich mit Beschränkung auf die unregelmäßige Aufhebung der obligatio zu nehmen ist. Indeß ist zu bedenken, daß der eben gedachte Satz wohl nur von Verbindlichkeiten verstanden werden kann, die modo civili contrahirt worden sind, die Aufhebung der obligatio per pactum conventum für eine generelle Aufhebungsart aller obligationum non mere civilium erklärt worden ist, für die Pacte wodurch Obligationen aufgehoben werden, nirgends der Unterschied zwischen pactis quae solo consensu und solchen quae re contrahuntur gemacht worden ist, sondern dieser Unterschied bloß für die Pacte statt findet, durch welche Obligationen contrahirt werden, und daß endlich die Pandectenstelle sich auch wohl so

y) *Dig. II*, 14, *L.* 58. „Ab emtione, venditione, locatione, conductione, caeterisque similibus obligationibus, quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sunt, recedi posse, dubium non est etc." Welches sind hier die similes obligationes? Doch auch nur die, welche solo consensu contrahirt werden. Wie das quin integris omnibus zu nehmen ist, zeigt der folgende Satz: Nec quidquam intersit, utrum integris omnibus in quae obligati essemus conveniret, ut ab eo negotio discederetur: an in integrum restitutis his quae ego tibi praestitissem etc. — Ohne dem ließe sich das „quin integris omnibus" auch wohl „von allen übrigen" nämlich Geschäften des juris gentium, übersetzen.

so erklären läßt, daß zwar von allen Conventionen des juris gentium, nicht aber von denen des juris civilis per pactum conventum wieder abgegangen werden könne. Man kann daher recht gut annehmen, daß die Pacte, wodurch die contrahirte obligatio aufgehoben wird, durchgängig nur als pacta consensualia zu betrachten sind. In so fern jedoch mit dem die obligatio aufhebenden Pact zugleich ein contrahirendes concurrirt, muß die Gültigkeit des letzteren nach den Grundsätzen von Pacten, wodurch Obligationen contrahirt werden, beurtheilt werden.

§. 157.

II. **Generaltheorie der Transacte.** Die Generaltheorie der Transacte war gewiß ursprünglich bey den Römern die einfachste, die sich denken läßt, als noch das Wesen des Transacts in einem bloßen Aufgeben des Rechtsstreits mit Bewilligung beider streitenden Theile bestand. Alles scheint nur darauf beruht zu haben, daß die Interessenten allein taedio litis von dem Rechtsstreite abstanden, und nicht die calumnia oder dolus des einen Theils den Transact herbeyführte. Desto verwickelter mußte die Theorie werden, als hernach das „Fallen lassen von den beiderseitigen Prätensionen" in den Begriff des Transacts aufgenommen, und so ein Pact in den Transact hineingeschoben wurde. Dem aufmerksamen Beobachter kann es nicht entgehen, daß in dem Titel der Pandecten de transactionibus eine combinirte Theorie aus alten und neuen Vorstellungen enthalten ist, und daß gerade die Schwierigkeiten in der Combination heterogener Dinge liegen. Was Anfangs durchaus keinem Zweifel unterworfen war, mußte in der Folge sehr zweifelhaft werden. Bilden wir auch die Generaltheorie der Transacte mit Hinsicht auf die neuere Vorstellung, so dürfen wir doch dabey nie die alte und den

Umstand übersehen, daß der jetzige Transact aus dem eigentlichen Transact und einem Pact zusammengesetzt ist.

I. Eigentliche (gerichtliche) Transacte geben eine exceptionem civilem und actionem praetoriam von selbst. Uneigentliche (außergerichtliche) nur ein Römisches Verfolgungsrecht nach zuvor von dem Prätor angestellter Untersuchung und vermöge besonderer Verleihung [a]).

II. Dolus vis und metus kommen beym Transact in die nämliche Betrachtung, wie bey Rechtsgeschäften

---

a) Anders stellt Thibaut Pand. Recht Th. 2. §. 923. die Sache vor. Er hält den Transact überall für ein unbestätigtes pactum, welches nur Einreden erzeugt, und die Verbindlichkeit bloß ope exceptionis aufgehoben habe. Doch meint er, habe man sich gegen den Widerspenstigen als Zwangsmittel der alten Klage bedienen, und der ihr entgegengesetzten Einrede des Vergleichs durch die Replik des Betrugs begegnen können. Um eine eigentliche Klage hervorzubringen meint Thibaut, habe der Transact in eine Contractsform eingekleidet werden müssen. — Man kann dieser Behauptung alle Gerechtigkeit wiederfahren lassen und sie doch für irrig halten. Denn wenn man bey Beurtheilung des Transacts von der Pactenlehre ausgeht (wie das allgemein geschieht) und überall nicht den Gang nimmt, den ich oben genommen habe, so bleibt nichts als diese Darstellung der Sache übrig, wenn man consequent verfahren will. Ganz falsch ist es übrigens mit *Westenberg* l. c. tit. *de transact.* §. 30., „daß aus dem Transact bald exceptio, bald actio ex stipulatu, bald actio praescriptis verbis entstehe, zu sagen, je nachdem er nudo pacto, oder stipulatione, oder contractu innominato abgeschlossen worden. Aus dem reinen Transact kann immer nur exceptio entstehen: concurrirt dabey das gewöhnliche, nach dem neueren Recht darin aufgenommene Pact, so findet actio praescriptis verbis aus ihm von selbst statt. Wird, wie hernach gezeigt werden soll, das transactum in eine Stipulation eingekleidet, so hat actio ex stipulatu statt, aber nicht ex transactione, sondern aus der Stipulation, und so können noch andere Klagen eintreten, wenn mit dem Verglichnen andere Novationen vorgenommen werden.

überhaupt [b]). Einen gleichen Einfluß hat darauf die calumnia des Gegners [c]). Ein auf den Grund falscher Urkunden abgeschlossener Vergleich ist null und nichtig, mag dolus des Gegners dabey concurriren oder nicht [d]). In wie fern der von einem Andern nicht veranlaßte Irrthum dem Transacte nachtheilig sey, darüber findet sich keine allgemeine Bestimmung in den Gesetzen. Der error calculi soll die Befugniß geben, den Vergleich anzufechten, wenn man dadurch veranlaßt, ein indebitum als debitum versprochen hat [e]). Dagegen soll der error circa proprietatem rei, wenn man sich bey dem Transact diese bey einem andern gedacht hat, als sie sich hernach wirklich findet, der Gültigkeit des Transacts nicht schaden [f]). — Es ist sehr natürlich, daß versucht werden muß, aus den gesetzlichen Indicationen etwas Allgemeines und Durchgreifendes zu bilden.

Wir wollen hier den bloßen Irrthum (d. h. den nicht veranlaßten) in seinen verschiedenen Beziehungen auf den Transact betrachten. 1) Hält eine Parthey

b) *Cod. II*, 4, *c.* 13. Interpositi metus causa transactiones ratas non haberi, Edicto perpetuo continetur. — — Ad *vim* tamen vel *dolum* arguendum qualitas causae principalis non sufficit: Unde, si nihil tale probari potest. consensu quaestiones terminatas minime restaurari oportet. — Das dunkele „qualitas causae etc. und „unde etc, erhält durch die Bemerkung seine Aufklärung, daß über die vis und den dolus bestimmte Thatsachen nachzuweisen sind, überall sich die probatio metus ganz anders macht, als der Beweis über vis und dolus. — Uebrigens mag man hinsichtlich des metus *Cod. II*, 4, *c.* 35. nicht übersehen, so sonderbar auch die Entscheidung klingt.

c) Arg. *Dig. XII*, 6, *L.* 65.

d) *Cod. II*, 4, *const.* 42.

e) *Cod. II*, 6, *const. un.*

f) *Cod. II*, 4, *const.* 29.

irrthümlich die lis für incerta, und vergleicht sich de lite certa, so ist überall kein Vergleich vorhanden, weil es an den wesentlichen Voraussetzungen eines Transacts mangelt. Der Transact gilt hier für nichts, nicht wegen des dabey concurrirenden Irrthums, sondern weil ihm die wesentlichen Eigenschaften des Transacts abgehen. Man kann sich wohl über eine gar nicht streitige Sache taedio litis einigen, aber nicht eigentlich transigiren. Hat man also über lis certa als incerta transigirt, so kommt bloß dieser Umstand, nicht der Irrthum in Betracht, dieser tritt vielmehr ganz in den Hintergrund, denn das neuere Recht hat das alte Transacts-System noch aufrecht erhalten. 2) Der Irrthum betrifft den Gegenstand des Rechtsstreits, die causa des Anspruchs oder die Person, welche mit einem streitet. Für alle diese Fälle muß gelten was oben vom Irrthum überhaupt gesagt worden ist, denn da sich kein Transact ohne Consens denken läßt, so muß auch hier in Betracht kommen, was den Consens aufhebt. Oft muß auch in diesen Fällen die certitudo litis ins Mittel treten, und mit Zurücksetzung des Puncts über den Irrthum den Transact von selbst aufheben. Z. B. wenn jemand ohne rechtlichen Grund, oder über eine Sache, die er nicht schuldiget, in Anspruch genommen wird, und unter Voraussetzung eines Grundes, den er anerkennt, oder einer Sache, in Ansehung welcher er Ansprüche zugesteht und zugestehen muß, sich verglichen hat.

Aber wie nun, wenn der error bloß die actio betrifft, z. B. man glaubt, es ist die richtige actio angestellt worden, da doch eine ganz falsche angestellt war? Ich glaube, dieser Irrthum kommt darum gar nicht in Betracht, weil er schon durch die certitudo

litis in den Hintergrund geschoben wird. Die Abweisung des Klägers war davon die natürliche Folge, die lis war also certa, und ein Transact darüber überall nicht zulässig.

III. Jeder eigentliche Transact ist auf die Sache beschränkt, in welcher er abgeschlossen worden ist. Was außer derselben liegt, geht den Transact nichts an *ff*). Indeß geht er sowohl auf den Hauptanspruch als auf die Nebenansprüche, die aus demselben Fundament gebildet werden möchten. Es ist hier, wie mit der res judicata, denn dem Transact werden ganz dieselben Wirkungen beygelegt, welche der res judicata eigen sind. Der Grund davon ist, weil er in die Stelle des richterlichen Endurtheils tritt *g*). Um also den eigentlichen Vergleich richtig zu erklären, muß man sich die Rechtssache denken wie sie vorliegt, und den Transact als darin ergangene Urtel betrachten.

In einer ganz anderen Ansicht erscheinen (mir wenigstens) die uneigentlichen Transacte. Der besseren Verständlichkeit wegen bemerke ich, daß ich darunter alle gerichtlich sowohl als außergerichtlich getroffenen Vereinbarungen über juristisch streitige oder unstreitige Gegenstände verstehe, welche, ohne daß lis in judicium deducta ist, zu Stande kommen. Man kann von ihnen nicht behaupten, daß sie in Allem der res judicata glichen, denn eine res judicata läßt sich ohne lis in judicium deducta nicht denken, und die war hier nicht vorhanden. Für sie muß daher schon aus diesem ganz einfachen Grunde eine andere Beurtheilungs-Norm angenommen werden.

---

ff) *Dig. II*, 15, *L.* 3, §. 1. *L.* 88, §. 12. *L.* 12.
g) *Cod. II*, 4, *c.* 20.

Nur was schlechtweg von der Wirkung und der Erklärung der Pacte gilt, dürfte hier zur Richtschnur zu nehmen seyn. Wie wichtig diese Unterscheidung sey, wird sich noch weiter unten finden. Hier ist nur zu bemerken, daß auf solche Vergleiche vorzugsweise geht, was über die Aquilianische Stipulation und deren Auslegung *Dig. II, 15, L. 4.* und *5.* gesagt wird. Es war nämlich bey den Römern gebräuchlich zum Behuf der größeren Festigkeit bey Auseinandersetzungen die verglichenen Puncte in eine Stipulation zusammen zu fassen, z. B. bey Erbschaftstheilungen u. s. f. Bey ihrer Erklärung finden natürlich die Grundsätze von Verträgen Anwendung: auf Gegenstände die nicht zur Discussion gekommen sind, und an welche die Interessenten nicht gedacht haben, kann die Vereinbarung nicht ausgedehnt werden. Gleiche Ansichten müssen statt finden, wenn eine oder mehrere gerichtlich anhängige Rechtssachen durch außergerichtlichen Vergleich beygelegt, und die Vergleichspuncte in Sipulation gebracht worden sind. Obgleich hier auch lis in judicium deducta durch Vergleich beygelegt wird, so kann doch der Transact darum nicht die Stelle der res judicatu vertreten, weil die Sache nicht vor dem Prätor abgethan worden ist. Eine außergerichtliche und eine gerichtliche Aufhebung der Rechtssache lassen sich nicht einander gleich stellen.

Man kann bekanntlich nur rem judicatam vorschützen, wenn aus demselben Fundament wieder geklagt wird; nicht wenn eine Klage aus einem andern Grunde erhoben wird. Es frägt sich: kann man nur unter eben diesen Bedingungen den Transact vorschützen, oder sind alle Ansprüche an eine Sache rc. damit getilgt?

Die Gesetze untersagen einen Transact ob species noviter repertas anzufechten gg). Die species noviter repertae können hier nichts anders als neu aufgefundene Documente seyn, wodurch die bisherige lis incerta zu einer certa wird, und welche, wenn sie früher da gewesen wären, den ganzen Transact annullirt haben würden. — Aber wenn nun solche Urkunden ein neues fundamentum agendi mit sich führen, kann denn davon kein Gebrauch gemacht werden? Etwas anders ist, einen Transact ob species noviter repertas anfechten, und des Transacts ungeachtet ex novo fundamento klagen. Hat der Transact vim rei judicatae, und hat er diese daher, weil er an die Stelle des rechtskräftigen Urtheils tritt, so scheint auch von ihm alles Uebrige gelten zu müssen, was von der res judicata nur gelten kann. Die exceptio transactionis kann daher nicht gebraucht werden, wenn späterhin ex novo fundamento geklagt wird.

Wohl aber steht die Berufung auf den Transact allen künftigen Ansprüchen entgegen, wenn der Transact nur die Gestalt einer gerichtlichen oder außergerichtlichen Auseinandersetzung oder Regulirung annimmt. Denn für solche Fälle hat der Transact keine bestimmte Basis, die er allemal hat, wenn er über lis in judicum deducta abgeschlossen wird.

§. 158.

Die Eintheilung der Transacte in gerichtliche und außergerichtliche, generelle und specielle, ergiebt sich aus dem Gesagten von selbst, und läßt sich nach den neueren

gg) *Cod. II, 4, c. 19.*

Römischen Vorstellungen vom Vergleich sehr gut rechtfertigen. Seitdem der Transact ein Pact in sich aufgenommen hat, oder vielmehr dasselbe immer nothwendig mit ihm verbunden ist (ich meine hier immer das „Fahren lassen von den gegenseitigen Prätensionen") hat es keinen Zweifel, daß demselben eben so gut wie den Pacten, Modificationen und Beschränkungen durch dies, conditio etc. hinzugefügt werden können, so weit sich auch diese Ansicht von der ursprünglichen Ansicht des Transacts entfernt hält, nach welcher letzteren ein bedingter Transact ein Widerspruch mit sich selbst seyn würde. Nach der ursprünglichen Beschaffenheit des Transacts, als eines dem Eide und der richterlichen Entscheidung gleich stehenden Mittels h), vor dem Richter gebrachte Rechtsstreitigkeiten zu beendigen, hängt auch seine verbindende Kraft ganz von dem placitum des Prätors ab, das er nur allein, nicht der judex ertheilen kann: auch nachdem der Begriff des Transacts auf außergerichtliche Streitigkeiten und überall auf Ausgleichungen ausgedehnt worden, hängt Kraft und Wirkung desselben noch immer in so fern von der Genehmigung des Prätors ab, als ihm darüber die Untersuchung wie bey pactis conventis zusteht. Jene Transacte haben eine Römische Form, diese hingegen nicht, jene haben von selbst exceptio und actio, diese erhalten das volle Römische Verfolgungsrecht erst vom Prätor nach vorgängiger Untersuchung der Sache. Die Gültigkeit des Transacts macht sich übrigens allein durch seine Uebereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften. Der einem Transact hinzugetretene Eid giebt demselben eben so wenig als dem Pact, dem er hinzukam, eine neue verbindende Kraft: nur wenn der Transact an sich gültig, und von einem Großjährigen beschworen worden ist, folgt dem muthwilligen Bruche dessel-

---

h) *Cod. II, 4, const. 20. Dig. XII, 2, L. 31.*

ben die Infamie als Strafe [i]); eine Strafe, welche unstreitig auch jeder muthwilliger Bruch eines Vertrags unter ebenmäßigen Umständen und Verhältnissen zur Folge hatte.

Schon die Natur und das Wesen des Transacts schließt alle Beschwerde über enorme Verletzung aus, die ohnehin nicht ein gemeinsames Recht aller Pacten ist, sondern nur bey solchen statt findet, welche eine Ueberlassung des unstreitigen Eigenthums gegen eine richtige Vergütigung enthalten [k]).

Obgleich nach dem neueren Recht auch Transacte, ohne daß eine Rechtsstreit erst vor den Prätor gebracht worden, und ohne daß derselbe überall dabey concurrirt, gültig sind, wenn gleich die Frage, ob daraus volles Römisches Verfolgungsrecht statt finde, von dem Urtheil des Prätors abhängt, und solches erst durch ihn mitgetheilt werden muß, so giebt es doch Transacte, die ohne seine ursprüngliche Concurrenz überall nicht zu Recht bestehen.

Hieher gehört der über künftige Alimente (über vergangene kann man sich auch ohne Concurrenz des Prätors vergleichen) abzuschließende Transact. Indeß ist zu unterscheiden, ob die Alimente in einer Handlung des Todes wegen, oder in einer unter den Lebenden, ihren Grund haben.

Ueber die letzteren kann man auch ohne Concurrenz des Prätors transigiren, aber ein über die ersteren ohne seine Zuziehung und sein Placet errichteter Transact ist durchaus ohne Wirkung, mögen [l]) die Alimente in einem Testament,

---

i) *Cod. l. c. const.* 41.

k) *Dig. XXXVI*, 1, *L.* 78. §. *fin.* *XII*, 6, *L.* 65. §. 1.

l) Ausdrücklich bestimmt *Dig. II*, 15, *L.* 8. §. 2. Haec oratio pertinet ad alimenta quae testamento vel Codicillis fuerint relicta sive ad testamentum factis sive ab intestato. Idem erit dicendum, et si mortis causa donata fuerint re-

oder Codicill, oder durch eine donatio mortis causa hinterlassen worden seyn, und möge die Hinterlassung auf eine directe oder fideicommissarische Weise und rein oder bedingt, auf eine bestimmte Zeit, oder auf lebenszeit geschehen seyn m). Die Alimente werden hier übrigens in einer sehr ausgedehnten Bedeutung genommen, so daß nicht bloß baares Geld und Victualien, sondern auch Kleidungsstücke, Wohnung und alles sonst noch Denkbare darunter begriffen ist, vorausgesetzt, daß es nur unter dem Titel der Alimente verlassen worden ist, oder schon an sich dafür angesehen werden mag n). Ein gültig zu Stande gekommener Transact über testamentarische Alimente ist in zweifelhaften Fällen immer zum höchstmöglichsten Vortheil des Alimentenhebers zu erklären o).

Drey Stücke sind es, worauf bey dem Transact über Alimente die Untersuchung gerichtet werden soll. 1) Die causa, nämlich ob überall ein hinlänglicher Grund zum Transact vorhanden ist. Z. B. Ob es dem Alimentenheber nützlicher ist, mit einemmale durch eine geringere Summme

---

licta, vel ab eo cui mortis causa donata sunt. Sed et si conditionis implendae gratia relicta sunt, adhuc idem dicemus. *Plane de alimentis quae non mortis causa donata sunt, licebit et sine praetore autore transigi.* — Ueber Alimente also, welche man nach den Gesetzen zu fordern hat, oder in Grundlage eines Pacts kann unbedenklich und ohne Beziehung des Prätors nach dem Römischen Recht transigirt werden.

m) Dig. l. c. §. 4 u. 5.

n) Dig. l. c. §. 14.

o) Dig. l. c. §. 11. Qui transigit de alimentis non videbitur neque de habitatione neque de vestiario transegisse, cum Divus Marcus etiam de his specialiter transigi voluerit etc. Nach diesem Gesetz werden die Alimente noch besonders von andern Leistungen, die auch rationem alimentorum haben, unterschieden, und enthält der einfache Transact über die Alimente noch nicht zugleich einen Verzicht auf diese. Anders ist es freylich, wenn auf alles was man aus dem letzten Willen in Beziehung auf Alimentation zu fordern hat, verzichtet worden ist.

abgefunden zu werden, als die größeren Alimente successiv zu erhalten. 2) Der modus: Wie sich nämlich das Aequivalent des Transacts zu dem eigentlich ausgeworfenen Alimentenquantum verhält. 3) Die personae, und zwar sowohl die Person des Alimentenhebers als des Alimentengebers, ob z. B. der Erstere von den Alimenten mehr oder weniger abhängig ist, und ob der Alimentengeber von einem Vermögen ist, daß ihn die Alimente mehr oder weniger geniren, und wie er überall gesinnt ist, und in welchem Rufe er steht p). Um den Grund dieser gesetzlichen Vorschriften gehörig zu erfassen, noch mehr aber um sie richtig anzuwenden, hat man aus der Geschichte zu merken, daß es in der Zeit, wo das Senatsconsult fällt, welches die Zuziehung des Prätors bey Transacten über Alimente der in Frage befangenen Art befiehlt, etwas sehr gewöhnliches war, daß die Erben und Legatarien, welchen die Leistung der Alimente auferlegt worden war, sich zuerst allerley Ausflüchte gegen den Alimentenheber bedienten, und wenn sie ihn durch Chicanen ermüdet hatten, leicht zu einem Vergleich bestimmten, wodurch sie ihn mit einer geringen Summe abfanden. Die Alimentenheber ließen sich daher von vorn herein gern eine unbedeutende Abfindung gefallen, weil sie wußten, daß man sie doch durch Chicane endlich dazu bestimmen werde. Was ein Erbe oder Legatar, besonders der Erstere in der ältern Zeit mit so großer Gewissenhaftigkeit erfüllte, dessen Erfüllung wurde in der Folge auf die frivolste Weise vernachlässigt. Lediglich also zur Aufrechthaltung der letzten Willens-Dispositionen eines Erblassers, und um den Chicanen gegen die dadurch begünstigten Alimentenheber vorzubeugen, wurde das mehrgedachte Senatusconsult erlassen q). Darum auch

p) *Dig. l. c.* §. 8 — 11.

q) Darauf scheint auch *Dig. l. c. pr.* „Cum hi quibus alimenta relicta erant *facile* transigerent, contenti modico prae-

nur allein wurden durch einen letzten Willen verlassene Alimente unter Aufsicht des Prätors gesetzt, wenn darüber transigirt werden sollte: ohne das ist nicht einzusehen, warum nicht eben so gut die durch eine Handlung unter den lebenden verlassenen Alimente der Aufsicht des Prätors unterworfen worden seyn sollten. Aber was man freywillig zu leisten übernommen hat, dagegen läßt sich kein solcher Widerwille annehmen, als wozu man gezwungen worden ist, überall kann nicht vermuthet werden, daß man denjenigen, dem man etwas versprochen hat, hinterher übervortheilen wolle. Bey gesetzlichen Alimenten selbst tritt nicht ein so großer Widerwille bey deren Leistung ein, als bey testamentarischen.

Nicht bloß über das zu prästirende Alimenten-Quantum, sondern auch über die Sicherung desselben [r]) erstreckt sich die causae cognitio, z. B. wenn die Alimente von dem Testator durch Anweisung von Unterpfändern und Bürgen gesichert worden sind, und hinsichtlich dieser Sicherung etwas durch Transact nachgelassen werden soll. So ist es auch ganz gleichgültig, ob über die ganzen Alimente, oder nur über einen Theil derselben transigirt worden ist [s]); ob schon der Alimenten-Punct zur gerichtlichen Discussion gekommen war oder nicht. Und da der Vergleich nicht ohne causae cognitio geschehen mag, und diese immer dem Transact vorausgeht, so folgt von selbst, daß ein ohne causae cognitio abgeschlossener, bloß dem Prätor zur Bestätigung vorgetra-

---

senti, Divus Marcus Oratione in Senatu recitata effecit, ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si autore praetore facta.

r) *Dig. c. l.* §. 15. — Idem est et si ager fuit in alimenta obligatus: nam nec pignus ad hoc datum *inconsulto* praetore poterit liberari. Das „inconsulto" ist unstreitig eben so gut von der vorläufigen causae cognitio zu verstehen.

s) *Dig. c. l.* §. 16.

gener Transact ohne alle Kraft und Wirkung ist. Aber wie, wenn vor der ertheilten Bestätigung der Prätor causae cognitionem anstellt? Nach dem strengen Recht würde der Transact, wenn auch alles bey ihm in der Ordnung befunden worden ist, doch immer ungültig seyn, und wenn auch die Billigkeit noch so sehr forderte solche Transacte aufrecht zu erhalten, so würde man sie doch wegen der unten folgenden Grundsätze nicht berücksichtigen dürfen.

Ist ohne Prätorische causae cognitio über Alimente aus einer Willenserklärung des Todes wegen transigirt worden, wo nicht ohne sie transigirt werden durfte, da ist der Transact durchaus nichtig. Die Wiederherstellung der alten Verhältnisse ist davon eine natürliche Folge, wobey indeß, was auf das verglichene Alimenten-Quantum bezahlt worden ist, auf die alimenta praeterita abgerechnet werden kann [r]).

Ueber die Regel ist so ziemlich alles klar, aber dunkel sind die Ausnahmen von der Regel, nämlich wo in testamentarischen Alimentensachen auch ohne causae cognitio des Prätors gültig transigirt werden kann. Ich muß hier zuerst die Stellen selbst hersetzen.

Dig. II, 15, L. 8. §. 6. Eam transactionem oratio improbat, quae idcirco fit, ut quis repraesentatam pecuniam consumat. Quid ergo, si quis citra praetoris relictum consequeretur per singulos menses? Aut quid si, quod per singulos menses ei relictum erat, consequeretur per singulos dies? Quid deinde, si quod consummato anno ut acciperet, initio anni consequatur? Et puto eam transactionem valere, *quia meliorem conditionem suam alimentarius transactione facit; noluit* enim Oratio alimenta per transactionem *intercipi.*

r) *Dig. c. l. §. 22.*

Dig. l. c. §. 23. Si in annos singulos certa quantitas alicui fuerit relicta homini honestioris loci, veluti salarium vel usufructus; transactio et sine praetore fieri poterit. Ceterum si usufructus modicus alimentorum vice sit relictus, dico transactionem citra praetorem factam nullius esse momenti

Dig. l. c. §. 24. „Si cui non nummus ad alimenta, sed frumentum atque oleum et cetera quae ad victum necessaria sunt, fuerint relicta: non poterit de his transigere, sive annua sive menstrua ei relinquantur. Si tamen ita sine Praetore transegerit, ut in vicem eorum nummum quotannis, vel quot mensibus acciperet, et *neque diem neque modum permutavit, sed tantum genus:* vel ex contrario si pactus fuerit, ut in generibus alimenta acciperet, quae in nummis ei relicta fuissent: vel si vinum pro oleo, vel oleum pro vino, vel quid aliud commutavit: vel locum permutavit, ut quae erant ei Romae alimenta relicta, in municipio vel in provincia acciperet, vel contra; vel personam commutavit, ut quod a pluribus erat accepturus ab uno acciperet: vel alium pro alio debitorem acceperit: haec omnia habeat *disceptationem praetoris* et pro *utilitate* alimentarii recipienda sunt."

Ibid. §. 25. „Si ad habitationem certa quantitas sit annua relicta, et ita sit transactum sine praetore, ut habitatio praestetur, valet transactio: quia fructus habitationis praestatur, licet ruinae, vel incendio subjecta transactio est. Per contrarium quoque: si pro habitatione quae erat relicta placuerit certam quantitatem praestari: transactio rata est et citra praetorem."

Die Interpretation der ausgeschriebenen Stellen hat wirklich ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten. Sollen wir den in der ersten Stelle angeführten und unterstrichenen Entscheidungsgrund als das leitende Prinzip für die Ausnah-

men von der Regel aufstellen? Nun dann würden alle über die Alimente ohne vorgängige causae cognitio abgeschlossene Transacte bestehen, wenn sich nach hinterher angestellter Untersuchung fände, daß der Alimentenheber nicht lädirt worden, vielmehr durch den Transact Vortheile erlangt habe. Oder sollen wir das leitende Prinzip aus der dritten Stelle entnehmen, und behaupten, alle Transacte über Alimente, bey welchen weder dies noch modus, sondern nur das genus permutirt worden, gälten ohne vorgängige causae cognitio? Alsdann würden wieder Transacte übrig bleiben, bey welchen dies und modus zwar verändert worden, und die doch ohne vorgängige causae cognitio gelten. Es läßt sich auch nicht läugnen, daß so zwischen der ersten und dritten Stelle ein absoluter Widerspruch entstehen würde. Sollen wir endlich ohne alles leitende Prinzip den Inhalt der Stellen geben wie er vorliegt, so entstehen gleichfalls die derbsten Widersprüche.

Der richtige Gesichtspunct dürfte ohne Zweifel der seyn. Ulpian, dem die ganze Lex 8. des Pandectentitels de transact. und also auch die ausgeschriebenen Stellen angehören, unterscheidet Haupt- und Nebenpuncte bey Alimenten. Hauptpuncte sind, das **Alimenten-Quantum** und die **Sicherung** desselbeu. Alles Uebrige gehört zu den Nebenpuncten. Für die **Hauptpuncte** ist beym Vergleich darüber vorgängige causae cognitio absolut nothwendig, so daß deren Unterlassung die Nichtigkeit des Transacts zur unerläßlichen Folge hat. Eine Ausnahme findet bloß statt, wenn die namentlichen Alimente keine wahren Alimente sind, sondern bloß als Zuschüsse und Besoldungen betrachtet werden können, zugleich einer Person hinterlassen worden sind, die sie gar nicht braucht, sondern für sich selbst schon anständig leben kann. Von dieser Ausnahme redet die zweyte Stelle der §. 23.

In Ansehung der Nebenpuncte findet ein Transact auch ohne causae cognitio statt, doch muß hinterher nothwendig die Sache vor den Prätor gebracht werden (disceptationem) welcher beurtheilt, ob der Transact dem Alimentenheber auch wahrhaft vortheilhaft ist, der also sein placet versagen kann, wenn er das Gegentheil findet. Dahin gehören alle Fälle, wo entweder in Ansehung des Termins der Leistung etwas anders beliebt, oder die baare Alimentenleistung in Victualien oder umgekehrt umgesetzt worden ist u. s. f. Wo der Vortheil des Alimentenhebers (der hier allein berücksichtigt werden muß) ganz klar ist, da bestätigt der Prätor den Transact sogleich (davon spricht die erste obenstehende Stelle); wo das nicht der Fall ist, schickt er der Bestätigung die Prüfung voraus, die aber von der causae cognitio ganz verschieden ist, weil sie es mit dem Nutzen des Alimentenhebers allein zu thun hat.

Die Zuziehung des Prätors ist also bey Transacten über Alimentenleistungen, die aus einer Willenserklärung des Todes wegen entspringen, immer nöthig. Es ist allein der Unterschied, ob causae cognitio dem Transact voraufgehen, oder nur eine Prüfung hinterher folgen muß. Darum kann auch, wie oben bemerkt worden, kein Transact, welchem causae cognitio vorhergehen mußte, die aber unterlassen worden ist, aus Billigkeit erhalten werden, wenn sich auch übrigens gegen dessen Gültigkeit nichts einwenden ließe, weil sonst das Römische System eine Zerrüttung erleiden würde.

Die Ueberzeugung einer streitenden Parthey von der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit ihrer Sache kommt beym Transact eben so wenig, als ihre größere oder geringere Einsicht in die Natur und das Wesen der Rechtssache in Betracht. Es genügt, daß man taedio litis die Sache aufgegeben, und sich mit dem andern streitenden Theil vereinigt hat. Hatte sich eine streitende Parthey über ihre Rechte

nicht

nicht gehörig unterrichtet, so fällt ihr solches allein zur Last: der Vergleich kann unter solchem Vorwande nicht angefochten werden, da es nicht einmal erlaubt ist, ihn sub praetextu specierum noviter repertarum wieder aufheben zu lassen, welche vielleicht ein bisher zweifelhaftes Recht ganz in Gewißheit setzen dürften.

Bey dieser Ansicht muß natürlich der Inhalt von *Digest. II, 15, L. 6.* „De his controversiis quae ex testamento proficiscuntur neque transigi, neque exquiri veritas aliter potest, quam inspectis cognitisque verbis testamenti" sehr auffallen. Die besten Interpreten des Römischen Rechts stimmen bekanntlich in der Behauptung überein, daß die lex durch ein Versehen der Compilatoren in den Titel der Pandecten de transactionibus gekommen: eben so bekannt sind die verschiedenen Auslegungen derselben, die im Allgemeinen schon eine doppelte Richtung erhalten müssen, je nachdem man nämlich annimmt, die lex stehe am rechten Orte oder nicht.

Daß die Stelle, welche aus Cajus *Lib. XVII. ad edictum provinciale* ist, an einem andern Orte, nämlich *Dig. XXIX, 3.* wiederholt worden ist, aber in einer andern Verbindung und in ihrer unstreitigen ursprünglichen Reinheit, müßte, dächte ich, den Kenner der Justinianischen Compilationen schon durchaus zu der Meinung bestimmen, daß das was in dem Titel der Pandecten *de transact.* steht, absichtlich darin gesetzt sey, und also von keinem Versehen der Compilatoren die Rede seyn könne. In dem Titel der Pandecten testamenta quemadmod. steht die Stelle rein, in dem Titel de transactionib. aber castrirt. Ist ein Versehen vorgefallen, so besteht es darin, daß das Verstümmeln nicht weiter fortgesetzt und auch die Worte „neque exquiri veritas" und das „neque" vor transigi gestrichen worden sind, und nach aliter nicht non gesetzt worden ist. Indeß lag eine so

große Verstümmelung gar nicht in dem Plane der Compilatoren, es war ihnen schon genug durch irgend einen Indicativ das Verstehen der Stelle zu eröffnen, und daß sie einen generellen Satz für die Transacte aussprechen sollte, zeigte theils dieß, daß man sie dem Titel de transactionib. einverleibte, theils die Weglassung des „sine judice."

Ich nehme also vors Erste an, die L. 6. sey absichtlich in dem Pandectentitel de transact. gesetzt, und habe sich nicht darin verirrt. Aber ich behaupte zugleich die *L. 1.* in dem Titel *testament. quemadmod.* als der reine Ausspruch des Cajus entscheide auch ganz über die Verstümmelung und wie es damit gemeint sey. Die Compilatoren haben generell aussprechen wollen:

> Ueber **Rechtsstreitigkeiten**, deren **Grund** eine **letzte Willensverordnung** ist, kann **vor Eröffnung** und **Einsicht** derselben **nicht gültig transigirt** werden, mag von einem **gerichtlichen** oder **außergerichtlichen** Transact die Rede seyn.

Noch ein besonderes Licht erhält die Stelle durch *Dig. II, 15, L. 12.* „Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt transegerat, si postea censetur de eo solo cogitasse, quod prima parte testamenti, ac non etiam quod posteriore legatum sit. Si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur, de eo dumtaxat se cogitasse, quo illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur." Warum? Er wußte ja noch gar nicht, ob in dem Codicill für ihn ein Legat stand oder nicht.

Zwey Gründe waren es, welche die Gesetzgeber bestimmten so zu verordnen, als von ihnen verordnet worden ist. Einmal ein politischer — die Aufrechthaltung der letz-

ten Willensverordnungen *). Zweytens ein natürlicher, weil jeder Vergleich eine Basis haben muß.

In der letztern Hinsicht ist die Untersuchung wichtig: was sind hier controversiae ex testamento? Keine andern als Prätensionen, die der Eine aus einem letzten Willen macht, und der Andere bestreitet. Ehe hier von einem Vergleiche die Rede seyn kann, muß doch erst bestimmt seyn, ob man überall welche machen kann: der letzte Wille muß ja die Grundlage der Prätensionen seyn. Bedenken wir, daß de lite certa überall kein Vergleich zulässig ist, und ohne Eröffnung und Inspection des letzten Willens weder eine Basis der Prätensionen, noch certitudo oder incertitudo litis angenommen werden kann, so sind wir völlig über die Sache im Klaren.

So wie die Stelle aus Cajus in dem Titel der Pandecten testamenta quemadmodum etc. steht, würden nur transactiones sine judice oder außergerichtliche Transactionen nicht zulässig seyn: in der Verstümmelung dagegen, wie sie der Pandectentitel de transact. liefert, sind alle gerichtliche sowohl als außergerichtliche Transacte ohne Unterschied untersagt.

Die Transacte, welche das Gesetz verbietet, würden sonach diese seyn.

A stirbt mit Hinterlassung eines letzten Willens. B behauptet, sein Erbe zu seyn (ganz oder zum Theil, ist gleichgültig). C hingegen bestreitet das Erbrecht. — Oder C behauptet aus dem noch nicht eröffneten letzten Willen ein Legat, das ihm der Erbe B bestreitet. Ob die Sache schon

---

*) Andere politische Gründe weiß ich mir hier nicht zu denken, obgleich bekanntlich von den Interpreten auch die Begünstigung der vicesima heredit. mit ins Spiel gezogen wird. Auf diese konnte doch der Transact unter keiner Bedingung Einfluß haben.

zur gerichtlichen Unterhandlung gekommen ist, oder noch nicht, ist einerley. — Es wird ein Transact abgeschlossen, ehe noch der letzte Wille eröffnet und eingesehen worden ist, so gilt derselbe für nichts, denn es fehlt an zweyen Puncten, an der Basis des Transacts, und an der Beurtheilung der Frage, ob die lis certa oder incerta war, die jetzt bey außergerichtlichen so gut als gerichtlichen Transacten in Betracht kommen muß.

Aber wie, wenn nun die Partheyen (was auch schon von andern bemerkt worden ist) bey ihrem Transact den Inhalt des Testaments ganz dahin gestellt seyn lassen, und sich über die Verlassenschaft oder das Legat so vereinbaren, daß, möge in dem Testament stehen was da wolle, ihre Vereinbarung nur allein die Richtschnur ihrer gegenseitigen Rechte seyn soll? Das können sie wohl in andern Fällen, aber nicht hier, wo das Interesse des Verstorbenen mit ins Spiel kommt. Es ist nicht erlaubt, über die künftige Erbfolge und Leistungen aus seinem Vermögen ohne Einwilligung des Erblassers zu pacisciren, es kann eben so wenig erlaubt seyn, darüber nach seinem Ableben eine Vereinbarung zu treffen, bevor sein im Testament erklärter Wille bekannt geworden ist. Jetzt erst fragt es sich nach den Prätensionen, welche auf den Grund des letzten Willens gemacht werden können, und nach der daraus sich ergebenden certitudo oder incertitudo litis. Mag der eingesetzte Erbe, wenn er die Erbschaft angetreten hat, hinterher Vereinbarungen darüber treffen welche er will: sie ist durch die Antretung sein Eigenthum geworden, und wenn der Erblasser diesem Eigenthum keine Beschränkung gesetzt hat, so kann der Erbe darüber disponiren wie ihm beliebt v).

---

v) Man vergleiche mit dieser Erklärung die Ansichten Anderer, insbesondere Anton Schultings *de transactione super*

Der gesetzlichen Entscheidung liegt, wie man aus dem Vorstehenden sieht, neben dem besondern, die letzten Willensverordnungen angehenden Prinzip noch ein allgemeines zum Grunde, welches bewirkt, daß man alle Vergleiche für ungültig erklären muß, welche über Streitigkeiten, die sich auf den Inhalt einer Urkunde gründen, abgeschlossen werden, so lange die Urkunde noch nicht eingesehen worden ist. Ist die Urkunde nicht zu haben, so mögen die Partheyen immerhin ein Interimisticum durch Vereinbarung festsetzen, aber definitiv können sie über ihre gegenseitigen Rechte und Ansprüche nichts durch Vergleich bestimmen. Es muß daher, wenn hinterher die Urkunde aufgefunden wird, jedem Theil frey stehen, seine Ansprüche, wozu ihm der Inhalt der Urkunde berechtigt, geltend zu machen. Wenn die Gesetze die Anfechtung eines Transacts sub praetextu specierum postea repertarum untersagen, so setzen sie dabey voraus, daß die Prätensionen nicht auf den Inhalt der Urkunden gegründet waren, sondern diese nur zum Beweise derselben dienten, oder über die Ansprüche des Einen oder des Andern mehr Licht verbreiteten.

---

controv. quae ex ult. volunt. profisc. etc. in *Comment. Academ.* Vol. I. p. 199 seq. *Ger. von Eversdyck.* Diss. *ad L. 6. Dig. de transact.* Lugd. Bat. 1732 und in *Oelrichs Thes. Dissert. jurid. in Acad. Belg. habit.* Vol. I. T. III. p. 177 seq. Auf zwey Puncte scheint es mir hier vorzugsweise anzukommen. 1) Auf die genaue Bestimmung der Frage, was controversiae ex testamento sind. 2) Welches der Grund des gesetzlichen Verbots des Transacts über diese controversiae ist. Streitigkeiten welche die Frage betreffen, ob der Testator sanae mentis gewesen und überall testiren können u. s. f., kurz alle, welche sich nicht auf den Inhalt des letzten Willens gründen, gehören auch nicht zu den controversiis ex testamento, und hängt daher auch ein Transact darüber nicht von der Eröffnung und Inspection des letzten Willens ab.

Die Frage, ob ein Transact seine Kraft und Wirkung auch auf einen dritten, nicht mit transigirenden Theil erstrecke, muß ganz nach den oben von Pacten vorgetragenen Grundsätzen beurtheilt werden. Man kann sich in der Regel über alle streitigen Gegenstände durch Transact vereinigen, mögen solche zum Privatrecht oder zum Criminalrecht gehören: bey der Einigung über die letzteren können indeß besondere nachtheilige Folgen für den Einen oder den Andern der streitenden Theile entstehen.

Die Römer unterschieden bekanntlich delicta publica oder eigentliche crimina und delicta privata, und bey den erstern wieder capitalia und non capitalia. In 1) allen delictis publicis capitalibus ist der Transact mit dem Ankläger nicht bloß erlaubt, sondern auch für den Angeklagten ohne alle nachtheilige Folgen, weil angenommen wird, es sey demjenigen zu verzeihen, welcher sich auf irgend eine Weise von der Capitalstrafe frey machen wollen. Man kann also von ihm nicht behaupten, daß er durch den Transact das ihm Schuld gegebene Verbrechen eingeräumt habe. Auch der Ankläger leidet aus besonderer Gunst gegen den Angeklagten nicht durch den Transact w). — Dagegen 2) bey allen delictis publicis non capitalibus ist zwar auch der Transact zulässig, er hat aber für den Angeklagten den Nachtheil, daß er als confessus und convictus betrachtet wird x), folglich er ihm zu nichts hilft, und für den Ankläger, daß er in die Strafe der lex Cornelia de falsis verfällt y).

---

w) Das Hauptgesetz ist hier unstreitig *Cod. II, 6, const.* 18. Transigere vel pacisci de crimine capitali *excepto adulterio* prohibitum non est: in aliis autem publicis criminibus, quae sanguinis poenam non ingerunt, transigere non licet citra falsi accusationem.

x) *Dig. XLVII*, 15. *L. ult.*

y) *Cod. II, 6, const.* 18. *add. Dig. XLVIII*, 10, *L.* 1. §. 1.

Endlich 3) bey delictis privatis wird unterschieden, ob bloß civiliter oder criminaliter geklagt worden ist. Im ersteren Fall ist der Transact nicht bloß zulässig, sondern auch vollkommen gültig, nur wird der Verklagte doch immer dabey als confessus und convictus angesehen, und entgeht daher auch der Ehrlosigkeit nicht, wenn das delictum famosum war [z]). Bey einer criminellen Verhandlung treten, wenn transigirt wird, dieselben Grundsätze ein, welche bey delictis publicis non capitalibus statt finden.

Man sieht sehr wohl, daß die Vorschriften des Römischen Rechts bloß von den Fällen zu nehmen sind, wo schon die förmliche accusatio erhoben worden ist, nicht von denen, wo unter der Hand eine Vereinbarung zwischen dem Ankläger und dem Verbrecher getroffen worden ist, daß die beabsichtigte Anklage unterblieb. Wenn indeß, des Transacts ungeachtet, die Anklage erhoben, und ihr die Ausflucht der verglichenen Sache entgegen gesetzt wird, so müssen dieselben Folgen eintreten, welche eintreten, wenn nach erhobener Anklage transigirt worden ist.

Es ist hier der Ort, eine bekannte streitige Frage, den Ehebruch betreffend, zu berühren. Die Sache ist an sich sehr klar, es gilt eigentlich nur der Frage, wie es mit der Justinianischen Gesetzgebung in diesem Punct zu nehmen sey.

Nach der Lex Julia de adulteriis gehört das adulterium zu den delictis non capitalibus, und war daher ein Transact über dasselbe sehr wohl zulässig [a]). Nur traten die Folgen und Wirkungen ein, welche den Transact über delicta publica non capitalia generell begleiten. Der Ehegatte,

---

z) *Dig. III, 2, L. 4. §. fin.*

a) Dieß erhellt deutlich aus den juristischen Fragmenten welche über die lex Julia in den Titel der Pandecten ad *leg. Jul. de adult.* geflossen sind.

welcher den Ehebruch begangen hatte, wenn er transigirte, wurde pro confesso et convicto gehalten, und der Ehemann, welcher wegen des Ehebruchs seiner Frau transigirte, sowohl als ein Fremder der Geld gegeben hatte, daß die Anklage unterbleiben möchte, wurde des criminis lenocinii schuldig [b]). Constantin der Große setzte bekanntlich auf den Ehebruch die Todesstrafe [c]). Als delictum publicum capitale würde jetzt um so mehr ohne alle Gefahr sowohl für den Verbrecher als den Ankläger darüber haben transigirt werden können, allein eine Constitution von Diocletian [d]) und Maximinian nimmt das adulterium ausdrücklich von den Capitalverbrechen aus, worüber zu transigiren erlaubt ist, und verbietet hinsichtlich seiner alle vergleichsmäßige Beylegung. Die Constitution ist in dem Justinianischen Codex aufgenommen worden. Nun hat zwar hinterher Justinian die Capitalstrafe des Ehebruchs aufgehoben [e]), nicht aber den über den Ehebruch verbotenen Transact wieder für zulässig erklärt. Es läßt sich nicht behaupten, die Zulässigkeit des Transacts verstehe sich jetzt schon von selbst nach der Regel cessante legis ratione etc. — Denn die früher statt findende Capitalstrafe war ja nicht der Grund, warum der Transact über den Ehebruch untersagt war: ehe hätte ja die eingeführte Capitalstrafe einen Grund abgeben müssen, den Transact recht zulässig zu finden. Der Grund des Verbots ist vielmehr in einem Hasse gegen das Verbrechen zu suchen, der durch die von Justinian beliebte Abänderung der Strafe noch gar nicht

---

b) *Dig. XLVIII, 5, L. 14.*

c) *Cod. XLVII, 4. const. 30.*

d) Die not. *w* angeführte Constitution. Ob ein Tribonianismus, wie *Westenberg princ. Jur. s. O. Dig. tit. ad leg. Jul.* §. 10. u. A. behaupten, hier anzunehmen, dürfte ich doch sehr bezweifeln.

e) *Nov. 134. c. 10.*

aufgehoben worden ist: in der von ihm festgesetzten Strafe sich vielmehr noch fester begründet *f*).

§. 158.

Welche Anwendung leidet die Römische Pacten- und Transacten-Theorie bey uns? Diese Frage muß hier noch untersucht werden.

I. Man liest in allen Lehr- und Handbüchern des Civilrechts den Satz: Alle Verträge ohne Unterschied hätten bey uns verbindende Kraft, in so fern sie nur nicht gegen die Gesetze liefen, und gäben schon an sich ein volles Römisches Verfolgungsrecht. Frägt man, woher das? so ist die Antwort, die Prinzipien des Römischen Rechts ständen mit den Deutschen Rechtssitten im grellsten Widerspruche, und könnten schon daher keine Anwendung finden. Ein Mann ein Wort, sey der Ausspruch der Vorfahren, und müsse daher jeder Vertrag vollkommen verbinden. Die Römische Pactenlehre habe daher bloß historischen Nutzen.

Als wenn die Deutschen von jeher die rechtlichsten Menschen, die Römer dagegen entschiedene Schurken gewesen wären. Und wo steht es denn geschrieben, daß die Verträge bey den Römern in der Regel nicht gegolten, wenn ihnen nicht durch Gesetze erst Gültigkeit ertheilt worden? Die conventiones juris gentium galten ja so gut als die convent. jur. civilis; den Unterschied machte blos das Verfolgungsrecht. Nur Römisches Verfolgungsrecht konnten die ersteren nicht anders geben, als wenn es ihnen besonders beyge-

f) Man vergleiche mit dem hier Gesagten übrigens noch *Ger. Noodtii Diocletian. et Maximin. l. de transact. et pact. crimin.* in *Operib.* T. I. pag. 225 seq. *C. F. Hommel in Opuscul.* pag. 195 seq. *Jo. Gottfr. Sammet Opusc. p.* 191 seq.

legt worden war. Die ältern Deutschen kannten freylich den Unterschied zwischen Römischem und Nicht-Römischem Verfolgungsrecht nicht: ob sie ihn kannten oder nicht, ist jetzt auch sehr gleichgültig: es gilt allein der Frage, wie hat sich die Sache nach der Einführung des Römischen Rechts in Deutschland gemacht. Wer sich die Mühe nehmen will, die Lehre in die verflossenen Jahrhunderte hinein zu verfolgen, wird zweyerley finden 1) die einstimmige Entwickelung der Conventionenlehre in Grundlage des Römischen Rechts, wobey hier auf richtige Einsicht in das Innere derselben nicht so viel, als vielmehr alles darauf ankommt, daß gelehrt wurde, nicht alle Conventionen des juris gentium gäben auch schon das Verfolgungsrecht des juris civilis. 2) Daß man auch in Deutschland nicht aus allen Conventionen geradezu klagen zu können glaubte, sondern diejenigen, mit welchen nicht schon das bürgerliche Verfolgungsrecht nach dem Ausspruch der Römischen Gesetze von selbst verbunden war, erst der richterlichen Dijudicatur unterwarf. So wurde nämlich ehedem aus solchen Conventionen nicht geradezu geklagt, weil man auch bey uns nicht daraus klagen zu können glaubte, sondern nachdem die Sache war vorgetragen worden, wurde der Richter gebeten, ihren Bestand zu prüfen, und wenn er alles an der Convention richtig finden würde, den Verklagten zu verurtheilen. Das von dem Römischen verschiedene Verfahren ließ nicht das Gesuch um Verleihung der actio zu, sondern es machte sich hier die Verleihung derselben schon von selbst dadurch, daß dem bedingten Klaglibelle gemäß erkannt wurde. Die Practiker nämlich stellten den Satz auf, daß wo bey den Römern ehedem das Römische Verfolgungsrecht erst besonders aus dem generellen Edict des Prätors nachgesucht werden müsse, da fände jetzt ein bedingtes Verfolgungsrecht statt, und diese bedingte Klage ist es, welche auch bey solchen Conventionen gebraucht wurde, die kein Rö-

misches Verfolgungsrecht von selbst gaben. Aber durch die bedingte Klage unterwarf man ja — nicht die Sache selbst, sondern die Frage, ob die Sache zulässig — der Beurtheilung des Richters: so war es doch im Ganzen dasselbe, ob man in der alten Zeit im Vertrauen auf das Versprechen des Prätors alle nicht gesetzwidrige pacta conventa erhalten zu wollen, ihm die Sache zur vorläufigen Prüfung und Beurtheilung vorlegte, und der Verwilligung des Römischen Verfolgungsrechts von ihm entgegensah, oder es gleich von vorn herein bedingt mit diesem wagte.

Eine Gesetzgebung, die jede Vereinbarung mit Römischem Verfolgungsrecht von vorn herein versehen wollte, würde die ungereimteste seyn. Unsere Vorfahren begriffen das eben so gut als die Römer. Wie viele Vereinbarungen werden nicht im gemeinen Leben getroffen, ohne daß man die Absicht hat, sich dadurch zu verbinden. Wo nicht schon die Natur der Sache diese Absicht ausspricht, da muß die Vereinbarung zuvor der richterlichen Prüfung und Beurtheilung unterworfen worden, ehe von Gestattung eines bürgerlichen Verfolgungsrechts daraus die Rede seyn kann. Findet der Richter die Vereinbarung als pactum conventum, so mag er das Verfolgungsrecht daraus gestatten.

Es ist freylich wahr, die Sache hat sich in der Folge durch die schiefe Ansicht, als widerstreite die Römische Pactenlehre der Deutschen Sitte, formaliter geändert — denn es wird nicht mehr aus einem bloßen Pact bedingt, sondern rein geklagt: aber materialiter ist sie doch geblieben, denn auch noch bey uns erklärt der Richter die Klage für unzulässig, wenn er das pactum nicht als conventum findet, oder wohl als conventum, aber von der Art, daß es nach dem Prätorischen Edict nicht aufrecht erhalten werden mag.

Wie läßt sich also der Satz geltend machen: Alle Conventionen und insbesondere alle Pacte gäben bey uns schon

von selbst Römisches Verfolgungsrecht: denn so muß er eigentlich lauten, wenn er überall einen vernünftigen Sinn haben soll. Man muß vielmehr sagen, die gesammten Prinzipien der Römischen Conventionen=, insbesondere der Pacten=Lehre, gälten auch noch bey uns, und sey bloß der Unterschied, den die veränderte Prozeßform herbey geführt, daß wo auch einem Pact nicht schon das Römische Verfolgungsrecht gesetzlich beygelegt worden, doch aus selbigem von vorn herein geklagt werden könne, die Beurtheilung der Frage aber: ob das Pact ein pactum conventum sey, und daher auch das Urtheil über die Frage, ob die erhobene actio daraus zulässig dem richterlichen Ermessen anheim gestellt bleibe. Denn bey der gangbaren Lehre würde der Richter auf den Grund einer jeden erwiesenen nur nicht gesetzwidrigen conventio verurtheilen müssen: ob pactum conventum (worauf hier alles ankommt) vorhanden oder nicht, würde ihn nicht kümmern.

Es ist hier nicht meine Sache, in das ursprünglich deutsche Recht hinein zu gehen. Es dürfte mir sonst etwas leichtes seyn, aus den Ueberbleibseln der alten deutschen Legislation zu zeigen, daß unsere Vorfahren eben so wie die Römer über die Sache dachten. Es ist etwas so Natürliches nicht aus jeder conventio bürgerliches Verfolgungsrecht zu gestatten, daß nur dem überbildeten oder verbildeten Menschen das Gegentheil einfallen kann.

Das Resultat ist, die Römische Pactenlehre gilt auch noch bey uns, selbst in ihren kleinsten Theilen materialiter oder virtualiter, nur nicht mehr formaliter. Daß sie nicht mehr formaliter gilt, hat seinen Grund in dem veränderten Gerichtswesen, besonders in dem ganz veränderten Proceßverfahren.

Wo also bey uns aus einem Pact geklagt wird, da wird entweder aus einem Contract oder einem Pact, dem die Gesetze schon an sich das volle Römische Verfolgungsrecht beygelegt haben geklagt, oder aus einem pacto nudo. In den ersteren Fällen ist die Zuständigkeit des Verfolgungsrechts selbst nicht der richterlichen Beurtheilung unterworfen, wohl aber im letzteren Fall. Er hat zu untersuchen, ob das pactum überall als conventum erscheint und sonst so geeignet ist, daß es nach dem Prätorischen Edict erhalten werden mag.

II. So wie die Römische Pactenlehre noch in ihrer Integrität bey uns Anwendung finden muß, eben so muß sie die Lehre von Transacten finden. Die Sache ist für die ausübende Jurisprudenz doch sehr wichtig. Als vor dem Richter abgeschlossene Vereinbarung erscheint der Transact als conventio civilis, das mit ihm verbundene Pact aber als ein solches, welches von selbst das volle Römische Verfolgungsrecht giebt. Als außergerichtliche Vereinbarung ist der Transact bloße conventio juris gentium, das damit verknüpfte Pact aber ein pactum nudum: es treten also hinsichtlich der richterlichen Beurtheilung hier dieselben Grundsätze ein wie bey pactis nudis, mag der Transact an ihn zur Bestätigung oder zur Entscheidung darüber gelangen. Noch jetzt darf die Lehre von Transacten nicht mit der von den Pacten zusammen geworfen werden: die nach dem Römischen Recht getrennte Gestalt, und die davon abhängigen Rechtsgrundsätze müssen strenge beobachtet werden.

Man wendet jetzt, was das Römische Recht von dem Transact über Alimente, die in einer letzten Willensverordnung ausgeworfen worden sind, vorschreibt, auch auf Alimente an, die in einem Vertrage und in den Gesetzen ihren Grund haben — besonders auf die gesetzlichen Alimente,

z. B. bey Schwängerungen g). Bey vertragsmäßigen Alimenten läßt sich die Anwendung schon gar nicht rechtfertigen. Die Gründe der Römischen Gesetzgebung, die möglichste Aufrechthaltung der letzten Willensverordnungen, und daß der Alimentenheber nicht den Chicanen der Alimentengeber überlassen werden soll, welche aus Widerwillen gegen die ihnen zur Pflicht gemachten Leistungen alles versuchen, um ihn durch eine geringe Abfindung los zu werden, passen hier durchaus nicht. Bey den gesetzlichen Alimenten ließe sich noch eher die Anwendung machen, wenn man bloß auf den letzten Grund Rücksicht nimmt. Denn derjenige, welchem das Gesetz die Alimentation zur Pflicht macht, hat gewiß einen eben so starken Widerwillen gegen die Leistung der Alimente, als der, dem solche durch einen letzten Willen auferlegt worden ist.

Man kann behaupten, die Anwendung der Römischen Vorschriften habe sich auf die gesetzlichen Alimente durch die Rechtssitte nun einmal gemacht. Die Frage ist nur die: hat sie sich so gemacht, daß causae cognitio vorhergehen muß, oder so, daß die Confirmation schon hinlänglich ist?

Die Rechtssitte, welche die Anwendung gemacht hat, muß auch allein das leitende Prinzip für die Frage abgeben, wie sie sich gemacht habe. Wir finden durchgängig schon die Confirmation des privatim abgeschlossenen Transacts für hinlänglich geachtet: daß mit der Confirmation auch causae cognitio verbunden seyn könne, und hier verbunden seyn müsse, läßt sich nicht leugnen, aber es macht einen großen Unterschied, ob nach vorgängiger causae cognitio der ganze Transact durch den Richter geleitet wird, oder ob derselbe

---

g) Vergl. Glück Commentar über die Pandecten §. 553 folg.

nach abgeschlossenem Transact prüft, ob der Alimentenheber auch vervortheilt sey, und darnach den Transact entweder bestätigt oder verwirft. Es sind also nur theilweise die Römischen Rechtsvorschriften auf die Transacte über gesetzliche Alimente anzuwenden.

Man kann nun aber nicht umgekehrt schließen und sagen, was von gesetzlichen Alimenten gelte, gelte jetzt auch von testamentarischen. Hier muß vielmehr wegen der doppelten Gründe das Römische Recht in seiner ganzen Strenge zur Anwendung gebracht werden.

Wo sich der völlige Nichtgebrauch des Römischen Rechts vertheidigen läßt, ist in der Lehre vom Transact über Delicte. Der bey uns an die Stelle des accusatorischen Prozesses getretene Inquisitionsprozeß, macht schon einen beträchtlichen Theil dieser Lehre für uns von selbst unbrauchbar. Ein anderer Theil muß durch die Lehrsätze dahin fallen, daß kein Verbrecher als nur in contumaciam pro confesso et convicto geachtet werden könne, und daß ein Transact nur über die Privatsatisfaction allein zulässig sey. Man kann nicht einmal behaupten, daß eine Vereinbarung mit Einem, der denunciiren will, einen gegründeten Verdacht des angeschuldigten Vergehens wirke, weil jeder ein Interesse hat, auch nur wegen der öffentlichen Meinung, die Verwickelung in eine Untersuchung zu vermeiden, bey welcher er auch noch so gerechtfertigt hervortreten müßte. Von den Nachtheilen, welche der Ankläger durch einen solchen Transact erleidet, kann vollends nicht mehr die Rede seyn, weil der Begriff des Anklägers im Römischen Sinne bey uns wegfällt, es sey denn, daß nach particulairen Rechten der Accusationsprozeß noch beybehalten worden wäre. Auf den in den meisten deutschen particulairen Gesetzgebungen begründeten Denunciationsprozeß lassen sich die Verordnungen des Römischen

Rechts durchaus darum nicht anwenden, weil dieser Prozeß noch materiell immer ein Untersuchungsprozeß ist.

III. Wo nach dem Römischen Recht gewisse Obligationen durch pacta juris gentium gar nicht entstehen können, sondern zu ihrer Hervorbringung allemal conventio civilis erforderlich ist, z. B. bey der Correal-Obligation, ist jetzt auch schon pactum juris gentium hinreichend. Der Grund davon liegt nicht sowohl in dem Nichtgebrauch des Römischen Rechts in diesem Punct, als in der Abschaffung der Civilform, welche ehedem bey der Contrahirung solcher Obligationen gebraucht werden mußte, als der Stipulation u. s. f.

XXIV.

Ueber Schadensersatz. Einleitung §. 159. — Vorläufige Entwickelung der Römischen Begriffe und Vorstellungen über das damnum und die praestatio damni §. 160 u. 161. — Begründung des Systems dieser Lehre §. 162 u. 163.

§. 159.

So viel Licht auch die neueren Untersuchungen eines Löhr, Schömann, Gensler und Hasse a) in die Lehre vom Schadensersatz aufgesteckt haben, so bleibt doch darin noch Manches zu thun übrig. Diese Untersuchungen sind vorzugsweise auf die Entwickelung des Römischen Systems im Ganzen, demnächst auf einzelne Parthieen in demselben gerichtet. Verzweifelt man daran, hier das höchste Prinzip oder die letzte Bedingung aller Entschädigung im Geiste des Römischen Rechts (von Substitution eines gewillkührten philosophischen Prinzips ist nicht die Rede) zu finden, so bleibt doch alles nur Stückwerk: man kann die gesetzlichen Materialien nur neben einander stellen, nicht zu einem Ganzen verbinden.

§. 160.

Ehe hier irgend weiter gegangen werden kann, wird es nöthig, die Begriffe und Vorstellungen der Römer über das damnum in möglichster Kürze vorzulegen. Im weitesten Sinne des Worts begreift das damnum allen Nachtheil in sich, den jemand an seiner Person oder an seinem Vermögen erleidet, ohne Unterschied, ob im ersteren Fall der Schade den Körper oder die Ehre betrifft: in der engeren Bedeu-

a) Die unstreitig wichtigste und auch am meisten geistreiche Schrift ist die von Hasse: Die Culpa des Römischen Rechts, eine civilistische Abhandlung. Kiel 1815, der ich hier viel zu danken habe.

tung ist das damnum auf die Vermögensnachtheile beschränkt. Auf diese engere Bedeutung bezieht sich auch allein die Eintheilung des damni in damnum positivum und privativum oder lucrum cessans, je nachdem es sich um die Entziehung eines bereits erworbenen Nutzens oder Vortheils, oder eines noch nicht erworbenen handelt, dessen Erwerbung aber gewiß war. Auf die Gewißheit kommt hier alles allein an: die Wahrscheinlichkeit kommt nicht in Betracht, wenn sie auch noch so groß seyn sollte. Nur ist zu merken, daß bloß von einer Gewißheit hinsichtlich des **Erwerbens**, nicht auch des **Behaltens** die Rede seyn kann: denn das Behalten hängt gar sehr von zufälligen Umständen ab. Man ist indeß wohl anzunehmen berechtigt, daß wenn die Erwerbung, welche behindert wurde, zwar gewiß war, eben so gewiß über die Unmöglichkeit das Erworbene zu behalten, durchaus von keinem damno privativo die Rede seyn könne. Denn es ist völlig gleichgültig etwas überall nicht erwerben, und das Erworbene nicht behalten zu können.

Bekanntlich unterscheiden die Gesetze zwischen **bevorstehendem Schaden** (damnum infectum) und **bereits angerichtetem** oder **eingetretenem** (damnum datum). Der erstere geht uns hier überall nichts an. Die Maaßregeln, welche die Gesetze zu seiner Abwendung nehmen, sind eigentlich nur polizeyliche; liegen auch so klar vor, daß ihre Erörterung wahrer Ueberfluß seyn würde. Bloß also damnum datum ist Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung, und auch zwar nur in so fern, als überall die Erstattung **möglich** ist.

Eben so wird in den Gesetzen zwischen damnum dolosum, culposum und casuale, und jure und injuria datum unterschieden. Andere Unterschiede, z. B. ob der Schade von einem freyen Menschen (damnum im eigentlichen Sinne) oder von einem Sclaven (noxia) oder von einem vierfüßigen

Thier (pauperies) zugefügt worden, sind weniger bedeutend.

Die praestatio damni — Ersetzung des erlittenen Schadens kann nach der Vorstellung der Römer nicht nur das damnum positivum in sich begreifen, auch das lucrum cessans ist darin enthalten. Es versteht sich das letztere, jedoch nur immer bedingt, nämlich in so fern es gehörig bescheinigt werden kann.

In so fern es sich um praestatio damni handelt, kommt nach dem Römischen Recht nicht bloß der Betrag des damni positivi und des lucri cessantis an sich, sondern auch noch ein Drittes in Betracht, welches in den Gesetzen durch den Ausdruck „Interesse — id quod interest" bezeichnet wird. Die meisten Juristen sehen ganz irrig den reinen Betrag des damni positivi und lucri cessantis selbst dafür an. Das Interesse setzt das damnum und dessen Betrag als gegeben voraus, und begreift in sich, was dem Beschädigten daran gelegen ist, damnum datum non esse. Das id quod interest ist in seiner verschiedenen Beziehung auch verschiedener Bestimmungen fähig. Es kann nämlich dem Beschädigten beym erlittenen Schaden daran gelegen seyn, daß der Schade nicht geschah 1) hinsichtlich seiner Zuneigung zu der Sache, auch 2) hinsichtlich des Verlustes, den er dadurch leidet, z. B. er hatte eine besondere Zuneigung gegen den getödteten Sclaven, er kann den zu einem gewissen Dienst erzogenen oder ihm treuen Sclaven nicht leicht wieder ersetzen, und hätte er das ihm entzogene lucrum zur rechten Zeit gehabt, so hätte er es in seiner Wirthschaft und in seinem Gewerbe auf eine höchst vortheilhafte Weise anlegen können. Man thut am besten, wenn man das Interesse als die entferntere Folge des damni positivi und privativi, so wie den Betrag des

Schadens selbst als dessen nähere Folge darstellt b). Mit größeren Schwierigkeiten ist unstreitig die Schätzung desselben verbunden als der Betrag des Schadens selbst: es läßt sich nicht leugnen, daß in einigen Fällen das id quod interest bis ins Unendliche fortgetrieben werden könne.

Das ältere Römische Recht billigt oft dem Beschädigten, in so fern überall die Verbindlichkeit zum Schadenersatz begründet ist, nicht bloß den Betrag des damni dati, sondern auch das Interesse zu. Natürlich verlangt es die Bescheinigung des letzteren eben so gut, als die des ersteren: ist aber solche geschehen, so ist auch der Richter schuldig, darauf bey dem Erkenntnisse Rücksicht zu nehmen. Die Stelle der von vorn herein oder zufällig unmöglichen Bescheinigung scheint hier das juramentum in litem vertreten zu haben, denn der Fall wird ausdrücklich mit unter denen aufgeführt, wo es nach den Gesetzen zulässig ist.

So konnte denn nach Umständen das Interesse den Betrag des damni positivi oder privati um sehr Vieles übersteigen. Bey der liquidation sowohl als Condemnation scheint das Interesse mit dem wirklichen Schadenbetrage zusammengeworfen, und als Interesse ex damno positivo sowohl als privativo aufgestellt worden zu seyn, so daß die condemnatio in id quod interest zugleich den wirklichen Schadenbetrag und das Interesse zusammen enthielt. So kommt es, daß beym Schadenersatz bloß des id quod inter-

b) Charondas (Πειθ. *s. verisimil.* c. 8. in *Ev. ult. thes. jur. Rom.* p. 702) nimmt sich sehr ängstlich über die Bestimmung des Begriffs des id quod interest, worüber doch die Römischen Juristen so ganz mit einander einverstanden waren. Die von ihm angeführten Stellen laufen auch sämmtlich auf einen Gesichtspunct hinaus, man hat nur zu bedenken, daß aus den unten angezogenen Gründen unter dem id quod interest oft genug auch zugleich der wirkliche Schadenbetrag begriffen wird.

est als einer schon das Ganze enthaltenden Sache gedacht wird.

So billig auch an sich bey Beschädigungen nicht nur die Erstattung des damni positivi und privativi, sondern auch des id quod interest ist, so drückend muß doch das letztere für denjenigen seyn, den seine Erstattung trifft. Denn das id quod interest hat häufig keine Grenzen, die wohl der Betrag des erlittenen Schadens in jeder Hinsicht hat. Der Beschädiger kann häufig auch bey ihm unbedeutend erscheinenden Beschädigungen ganz darüber zu Grunde gehen. Diese Rücksichten scheinen die Römischen Juristen zu einem Theile veranlaßt zu haben, Grenzen für das id quod interest zu bestimmen, wogegen ein anderer Theil, wenn überall die Sache zulässig seyn sollte, von keiner Grenzbestimmung etwas wissen wollte. Die, welche Grenzen setzen wollten, waren sehr natürlich um die Regel verlegen, und begnügten sich daher damit, für die einzelnen Fälle das id quod interest nach der Billigkeit zu beschränken, welche Bestimmungen dann eben so viele Widersprüche erfuhren. So kam es, daß die dubitationes antiquae in infinitum gingen, welche Justinian durch eine eigene Constitution zu entscheiden für gerathen fand.

Diese Constitution soll uns hier noch näher beschäftigen. Es ist *Cod. VII, 47, const. un.* und lautet so: „Cum pro eo quod interest dubitationes antiquae in infinitum productae sint: melius nobis visum est, hujusmodi prolixitatem prout, possibile est, in augustum coarctare. Sancimus itaque in *omnibus casibus* qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti *in venditionibus*, *locationibus* et *omnibus contractibus* hoc quod interest, *dupli quantitatem minime excedere*. In aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt, per *suam subtilitatem* requirere, ut *hoc* quod revera *inducitur damnum*, *hoc reddatur*, et non

ex *quibusdam machinationibus*, et *immodicis perversionibus* in *circuitus inextricabiles* redigatur: ne dum in *infinitum* computatio reducitur, pro sua *impossibilitate* cadat: cum sciamus esse naturae congruum, eas tantummodo *poenas* exigi, quae vel cum *competenti moderamine* proferuntur, vel a legibus certo fine conclusae statuuntur. Et hoc *non solum* in *damno*, sed etiam in *lucro* nostra amplectitur constitutio, quia et ex eo veteres id quod interest, statuerunt etc.

§. 161.

Die Justinianische Entscheidung ist noch nicht in das gehörige Licht gesetzt worden. Sie scheint beym ersten Anblick nur über das eigentliche id quod interest zu entscheiden, denn über dieß waren ja nur überall dubitationes veterum vorhanden, und den Punct des Schadenersatzes selbst auf sich beruhen zu lassen, als über welchen alles klar sey. Uebersieht man aber das Ganze, so treten Zweifel in den Weg, ob man das id quod interest hier nicht von der Totalität des Schadenersatzes, oder so zu verstehen habe, daß Schadenersatz im engern Sinn und Interesse zusammen gemeint sind. Man sieht wohl ein, daß sich die Erklärung des Gesetzes darnach ganz verschieden macht. Nimmt man nämlich an, daß das Interesse hier als eine Gesammtmasse desjenigen betrachtet werde, was man ex damno positivo sowohl als privativo, sowohl an wirklichem Schadenersatz als an Interesse zu fordern berechtigt ist, so bleibt bey der Justinianischen Bestimmung über das duplum für die Basis nichts übrig, als diese in der Hauptleistung zu finden, mit Hinsicht auf welche überall die Frage wegen des Schadenersatzes bestand. Dabey bleibt nun aber die große Schwierigkeit wegen der Basis bey solchen Beschädigungen, die sich gar auf keine Hauptleistung beziehen, sondern in sich selbst begründet erscheinen. Wird dagegen angenommen,

das id quod intereſt begreiſe hier allein das eigentliche Intereſſe in ſich, ſo kann man um die Baſis, wenn von der dupli praeſtatio die Rede iſt, nie in Verlegenheit seyn, denn das Quantum des Schadens macht hier immer die Baſis aus. — Die Frage alſo, worüber wollte eigentlich Juſtinian verfügen? iſt hier die Vorfrage von deren Beantwortung die Erklärung des Geſetzes ganz abhängt.

Mir iſt es gar nicht unwahrſcheinlich, daß dem Concipienten der Deciſion ſelbſt die Sache nicht ſo ganz klar geweſen ſey, indeß läßt ſich dem hiſtoriſchen Gange nach ſowohl als nach dem Inhalt der Entſcheidung ſelbſt, ſolche von nichts anderem als dem id quod intereſt allein verſtehen. Vergebens ſieht man ſich alſo nach einer indirecten Beſchränkung der ältern Theorie von dem Umfange des Schadenerſatzes darin um: was früherhin gefordert werden konnte, kann auch noch nach Juſtinianiſchem Recht gefordert werden: den Unterſchied macht bloß das Quantum, was man als id quod intereſt zu fordern befugt iſt.

Die eine Vorfrage wäre beantwortet, aber es giebt noch eine zweyte, welche beſonders Charondas [bb]) in Anrege bringt: ob nämlich in der Juſtinianiſchen Conſtitution generell über das id quod intereſt, oder nur über eine Gattung deſſelben entſchieden worden, d. h. ob man ſagen könne, die Juſtinianiſche Entſcheidung gehe auf alle Fälle, wo wegen Beſchädigung das id quod intereſt gefordert werden kann, oder nur auf eine Gattung oder wohl gar nur endlich auf beſtimmte Fälle. Nach dem Eingange der Conſtitution zu urtheilen, ſollte man glauben, die Antwort auf die Frage finde ſich von ſelbſt, indem die dubitationes veterum, über welche hier entſchieden wird, generell auf das Intereſſe, und ohne Rückſicht auf die verſchiedene Art der

bb) l. c.

Beschädigung, gingen und sehr natürlich gehen mußten, indem bloß von den Grenzen des id quod interest die Rede war, und die Gründe, welche das Finden derselben nothwendig zu machen scheinen, durchweg nur dieselben seyn konnten. Sieht man dagegen wieder auf den Inhalt der Constitution, so hat wirklich die Meinung Anfangs viel Wahrscheinlichkeit für sich, daß Justinians Entscheidung nicht auf die Fälle gehe, wo aus delictum Entschädigung gefordert wird: man könnte sagen überall nicht auf die Fälle, wo aus widerrechtlichen Beschädigungen außerhalb eines Rechtsgeschäfts das id quod interest gefordert werden kann, oder bey dem sogenannten damno extra contractum injuria dato. Indeß verschwindet diese Wahrscheinlichkeit bald, wenn folgende Umstände zusammen gehalten und erwogen werden. 1) Es sollen hier dubitationes veterum über die Grenzen des id quod interest entschieden werden. Diese dubitationes konnten aber, wie bereits oben bemerkt worden ist, nicht füglich auf eine Gattung des damni, oder gar nur auf einzelne Fälle gehen, sie mußten vielmehr das damnum im Ganzen angehen. Es läßt sich auch nicht wohl denken, daß man, wenn die Beschädigung aus Verbrechen herrührt, der Interessenforderung so ganz freyen Lauf lassen wollen, indem es das Wohl des Staats erforderte, dem Verbrecher eben so gut als jedem andern Bürger unter die Arme zu greifen, besonders da das Verbrechen ja durch die erlittene Strafe gebüßt worden war, und auf die civilrechtlichen Folgen es durchaus keinen Einfluß haben konnte, ob der Schade durch ein Verbrechen oder auf andere Weise war zugefügt worden [c]). Weniger rigorös mochte man es hier

c) Das Hauptargument dagegen, daß Justinian bloß die dubitationes veterum ICtor. entscheiden wollen, und diese über das id quod interest, wenn der Schade durch ein delictum an-

mit dem Beweise des erlittenen eigentlichen Schadens, sowohl des damni positivi als privativi nehmen; aber in Ansehung des Interesse konnte gewiß keine Verschiedenheit statt finden. 2) Das Gesetz unterscheidet ganz allgemein casus, qui certam habent quantitatem vel naturum, und die casus, wo das nicht der Fall ist; eine Unterscheidung, die durchgehends paßt, wo das id quod interest gefordert werden kann, ohne daß ein besonderer Grund der Interessenforderung in Betracht käme. Daß bey den ersteren Fällen die emtio, venditio und locatio conductio als Beyspiele besonders angezogen werden, kommt eben so wenig in Betracht, als die casus bloß auf die Contracte durch den Zusatz „in omnibus contractibus" beschränkt zu werden scheinen. Denn das „in omnibus contractibus" ist hier eben so gut nur Beyspiel als das bestimmtere „in venditionibus et locationibus." Wer möchte denn leugnen, daß es außer den Contracten noch eine Menge von casus gebe, die eben so gut als die Contracte certam quantitatem et naturam haben, und die hier nicht ausgeschlossen seyn können, weil die Verordnung doch wenigstens auf alle privatrechtliche Fälle ging. — Die casus des Gegentheils, d. h. alle, welche nicht haben certam quantitatem et naturam, schließen nun ganz alle und jede hieher gehörige Fälle in sich, das damnum mag erwachsen seyn aus welchem Grunde es wolle. — 3) Aus den Schlußworten der Constitution erhellt nun vollends, daß die Entscheidung eine generelle seyn sollte, und die darin angenommenen

---

gerichtet war, gar nicht im Zweifel gestanden, ist nicht zu erweisen. Daß Justinian nicht besonders von den Fällen spricht, wo der Schade durch ein Delict angerichtet worden ist, ist sehr natürlich, weil er überall sich nicht darum kümmert, wie der Schade entstanden ist, sondern bloß den Fall des entstandenen Schadens setzt. Von noch geringerer Erheblichkeit sind andere dagegen vorgebrachte Gründe, die man bey Charondas nachlesen kann.

Grundsätze zur allgemeinen Richtschnur dienen sollten, wo es sich um id quod interest handelte.

Jetzt zur Hauptsache. Zweyerley Fälle werden in der Constitution unterschieden: Casus qui certam habent quantitatem vel naturam. 2) Casus incerti oder besser, qui non habent certam quantitatem vel naturam. In den ersteren Fällen soll (unter Voraussetzung, daß die Forderung des id quod interest überall begründet ist) der Richter kein höheres Interesse zuerkennen, als das duplum oder dupli quantitatem. In den letzteren dagegen soll die Sache zwar seinem Ermessen anheim gestellt bleiben, er soll aber nur erkennen dürfen auf damnum quod re vera inducitur, und sich nicht auf unerwiesene und nur vorgespiegelte Schadenberechnungen einlassen.

Es läßt sich wohl nicht in Abrede stellen, daß die Anwendung der Justinianischen Decision ihre großen und eigenthümlichen Schwierigkeiten habe. Es frägt sich dabey zuerst, welches sind denn die casus qui habent certam quantitatem vel naturam. Man ist nach den in der Decision angeführten Beyspielen geneigt zu antworten: die wo es sich um eine bestimmte Leistung handelt, deren widerrechtliches Ausbleiben den Schaden verursacht hat. Aber es ist oben bemerkt worden, daß man sich nicht strenge an die Beyspiele halten dürfe, weil es außer den Contracten auch noch Fälle genug gebe, qui certam habent quantitatem vel naturam, z. B. man hat das Haus des Andern widerrechtlich angezündet, man hat seinen Sclaven oder sein Thier getödtet. Man muß daher antworten: es gehören hieher alle Fälle, wo ein wirklicher Schaden zugefügt worden ist, dessen Betrag sich

d) Hieher würde würde wohl nur allein der Fall zu rechnen seyn, wo die Sache gänzlich vernichtet worden und auch kurz vor ihrer Vernichtung keine Abschätzung geschehen ist, aus welcher sich der Werth derselben bestimmen ließe.

durch Abschätzung bestimmen läßt. Zu den casibus qui non habent certam quantitatem vel naturam werden alsdann diejenigen gehören, wo entweder kein wirklicher Schade zugefügt, sondern nur ein zu machender Gewinn hintertrieben worden, oder wohl ein wirklicher Schade zugefügt worden ist, dessen Betrag aber durch Abschätzung nicht bestimmt werden mag.

Nun aber entsteht die Frage, welche Summe soll denn bey casibus qui certam habent quantitatem et naturam, der als Interesse anzunehmenden dupli quantitas zur Basis dienen, wenn gerade damnum positivum und privativum zusammen gefordert werden kann? Wir wollen folgendes Beyspiel setzen.

A verspricht dem B einen Artikel, der gerade jetzt sehr gesucht wird, zur bevorstehenden Messe nach Leipzig zu liefern, und empfängt dafür als Vorauszahlung 8000 Rthlr. Würde der Artikel in gehöriger Güte geliefert, so konnte B damit 2000 Rthlr. verdienen, und die gleich wieder baar einzuziehende Summe von 10,000 Rthlr. zu neuen beabsichtigten Handelsspeculationen verwenden. Aber die Lieferung geschieht so schlecht, daß niemand den Artikel haben will. 8000 Rthlr. zusammt den ausgelegten Kosten des Transports ꝛc., die ich hier zu 100 Rthlr. anschlagen will, sind hier das damnum positivum, welches B leidet. 2000 Rthlr. machen das lucrum cessans aus. Der Verlust den er dadurch erleidet, daß er die 10,000 Rthlr. nicht wieder einziehen, und zu den intendirten Handelsspeculationen verwenden konnte, ist das id quod interest. Soll hier nun bey der Bestimmung des id quod interest der wirkliche Schade, oder soll das lucrum cessans zur Basis genommen werden. Im erstern Fall würden dem A 16,200, im letztern nur 4000 Rthlr. als dupli quantitas zuzubilligen seyn.

Diejenigen Juristen, welche das id quod interest in der Justinianischen Entscheidung von der Totalität des indirecten Schadens und so verstehen, daß das lucrum cessans hier mit dem id quod interest zusammen geworfen worden sey, können auch nur allein das damnum positivum als die Basis annehmen e). Darnach würde die dupli quantitas hier unbedenklich 16,200 Rthlr. seyn. Allein es ist oben gezeigt worden, daß diese Erklärung der Justinianischen Entscheidung durchaus unrichtig sey, und daß selbige nach hergebrachter Weise noch das id quod interest von dem lucrum cessans trenne, und allein über das erstere verfüge.

Nehmen wir also bey richtiger Erklärung der Justinianischen Entscheidung das lucrum cessans oder den wirklichen Schaden als die Basis für die Bestimmung der dupli quantitas des Interesse an: das ist die Frage. Ich glaube den wirklichen Schaden, denn daran konnte Justinian nur allein denken, nicht an das lucrum cessans. Der Hauptgrund ist, weil nicht bey allen Beschädigungen lucrum cessans vorkommt, und es hier um eine generelle Basis sich handelte. Der Beschädigte würde also nach dem angegebenen Beyspiele, versteht sich, daß alles gehörig verificirt, oder durch juramentum in litem festgestellt werden könnte, Anspruch zu machen haben, auf

e) So scheint auch Brunnemann in Comm. in Codic. ad Libr. VII. tit. 47. ganz die Sache zu nehmen. Die Berechnung des Schadens bey ihm ist darnach sehr leicht. Nicht anders stellte sich auch Magnus (*Thes. Meerm.* T. III. p. 293 seq.) die Sache vor. Wie man übrigens noch zwischen Verlust der Sache und damnum positivum unterscheiden könne, ist mir wenigstens unbegreiflich. Wenn A mir eine Sache die 100 Rthlr. werth war, vernichtet, so ist nicht der Verlust der Sache, sondern der Verlust ihres Werths ein positiver Schade, und nicht die Sache selbst, sondern ihr Werth kommt bey Berechnung eines Vermögens in Betracht.

8,100	Rthlr.	als wirklicher Schaden,
2,000	—	als lucrum cessans,
16,200	—	als id quod interest.
26,300	—	als Totalsumme.

Es wird noch nöthig seyn, den Bedenklichkeiten zu begegnen, die gegen die vorgedachte Erklärung der Justinianischen Entscheidung vorgebracht werden könnten. Man möchte einwenden: Es sey doch die Absicht Justinians den Beschädiger gegen die überaus große Strenge des ältern Rechts in Schutz zu nehmen. Die Schlußworte der Constitution: Et hoc non solum in damno, sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, quia et veteres ex eo id quod interest statuerunt beweisen zur Gnüge, daß das id quod interest hier von der Gesammtmasse des erlittenen Schadens zu nehmen sey. Der ganze erlittene Schade, sowohl der directe als indirecte müssen daher zusammen gezogen werden, und dürfte die praestatio das duplum zum höchsten nicht übersteigen.

Recht gut, aber wo nehmen wir alsdann die Basis für die dupli quantitas des Schadenersatzes her? Von dem positiven Schaden müssen wir sie doch hernehmen, und nun sollten wir wieder diesen Schaden selbst in die dupli quantitas einrechnen. Wohl ließe sich annehmen, das lucrum cessans und das id quod interest sey zusammen zu rechnen, allein verwerfen wir die Einrechnung des positiven Schadens, die doch nothwendig verworfen werden muß, so fallen die Gründe für diese Einrechnung weg, und stellt sich alles wieder in der Absonderung dar, welche das ältere Recht enthält. Man kann doch nur vernünftiger Weise behaupten, Justinian habe der übermäßigen Liquidation auf Zuerkennung des id quod

interest Schranken setzen wollen. An das Zusammenwerfen des id quod interest dachte er nicht, noch weniger an das Zusammenwerfen des positiven Schadens mit dem privativen und dem Interesse. Er wollte die Forderungen aus dem erlittenen Schaden, welche an sich bestimmt sind, durchaus nicht beschränken, nur die sollten beschränkt werden, welchen eine solche Bestimmung abging. Das damnum positivum und das lucrum cessans ist an sich bestimmt, nicht das id quod interest. Nach dem gegebenen Beyspiel läßt sich gleich berechnen, wie viel damnum positivum, und wie viel lucrum cessans beträgt; aber mit dem id quod interest ist es eine andere Sache. Ich bemerke nur noch, daß wenn lucrum cessans nach der oben angenommenen Bestimmung kein certum ist, es überall nicht als solches, sondern nur als id quod interest liquidirt werden kann.

Durchaus nicht soll der Richter ultra dupli quantitatem des positiven Schadens das id quod interest in Fällen qui certam habent quantitatem vel naturam zulassen. In den entgegengesetzten Fällen ist zwar alles seiner Einsicht überlassen worden, aber doch nicht seiner Willkühr, denn er soll dahin sehen, ob das Liquidirte auch als wirklich indirecter Schade zu betrachten ist, keine ins Unendliche gehende Liquidation zulassen, sondern nach Gutbefinden das Liquidirte ermäßigen f). Wenn die Richtigkeit der obengegebenen Erklärung der Bestimmung der Justinianischen Constitution über die casus qui habent certam quantitatem et naturam, sich nicht schon aus sich selbst ergäbe, so würde sie gewiß aus dem folgen, was hier über die entgegengesetzten Fälle gesagt

f) Die richterliche Moderationsbefugniß ist es, die hier vorzugsweise in Betracht kommt. Denn über die Sache selbst mußten es die Gesetze schon bey der allgemeinen Anweisung bewenden lassen.

wird. Denn unbegreiflich würde es seyn, wie hier das id quod interest so unbeschränkt zugelassen werden können, wenn es dorten so sehr beschränkt worden.

Man kann nach einer richtigen Ansicht der Sache zu den hier in Frage stehenden Fällen wohl nur diejenigen zählen, wo überall von keinem damno positivo die Rede ist, sondern sich alles auf lucrum cessans beschränkt. Z. B. A hat bloß eine Handelsspeculation des B widerrechtlich hintertrieben, oder sonst einen Erwerb desselben behindert, hat ihn durch Verläumdung um eine Stelle gebracht, die er sonst erhalten haben würde u. s. f., denn sobald damnum positivum existirt, ist auch der Maaßstab für das id quod interest gegeben, und steht der Fall unter der Kategorie derjenigen qui certam habent quantitatem vel naturam. Ist er nicht vorhanden, sondern nur damnum privativum, wenn auch solcher noch so bestimmt seyn sollte, so müssen wir den Fall unter die entgegengesetzte Kategorie bringen. Denn sonst würden wir auch das lucrum cessans zum Maaßstabe der dupli quantitas bey dem id quod interest machen müssen.

Denken wir uns einmal folgenden Fall. A wollte den B zum Erben einsetzen, die Erbeneinsetzung wurde aber durch den C widerrechtlich hintertrieben. Was B dadurch gerade eingebüßt hat, nämlich die Erbschaft, läßt sich durch Abschätzung derselben leicht bestimmen, aber das damnum ist kein positivum; er büßt ja nichts an seinem habenden Vermögen ein: es war bloß ein lucrum, was eingebüßt wurde, das damnum ist also bloß ein privativum. Als solches kann es aber für das id quod interest nicht als Maaßstab gebraucht werden: der Fall gehört mit folglich zu denen, die nicht haben certam quantitatem et naturam, und ist daher

die Liquidation und Zuerkennung des id quod interest auch nicht an die Regel von der dupli quantitas gebunden g).

§. 162.

Die Hauptschwierigkeit in dieser Lehre macht, wie bereits oben bemerkt worden ist, das höchste Prinzip oder die letzte Bedingung alles Schadenersatzes. Es frägt sich, läßt sich dasselbe aus folgenden generellen Verordnungen

Dig. L, 17, L. 151. Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere *jus* non habet.

Dig. l. et t. c. L. 55. Nullus videtur dolo facere qui jure suo utitur.

Und aus dem auf mehrfache gesetzliche Bestimmung gegründeten Satze: „Damnum quod quis sentit sua culpa non sentire videtur, entnehmen?

In der gehörigen Combination geben sie dieß Resultat. Wer zu einer Handlung berechtigt ist, haftet nicht für den Schaden, der daraus für einen Andern entspringt, sey er ein directer oder indirecter. Man kann auch von ihm um so weniger behaupten, daß er dolose, d. h. in der Absicht den Andern zu beschädigen, gehandelt, als die Zuständigkeit des Rechts schon gegen eine solche Annahme schützt. Auch kann sich niemand über einen erlittenen Schaden beklagen, den er durch seine Nachlässigkeit herbeygeführt hat.

Dem letzteren Satze steht schon hinsichtlich seiner Allgemeinheit entgegen, daß, wie oben gezeigt worden, wenn bey Rechtsgeschäften dolus auf der einen Seite, und culpa auf

g) Man vergleiche mit den hier vorgetragenen Lehrsätzen noch J. W. Pfeiffers vermischte Aufsätze rc. n. 5. und Schömann Lehre vom Schadensersatz Th. II. p. 81. Die Ansichten der ältern Juristen nähern sich hier oft dem wahren Geiste des Römischen Rechts mehr als die der neuern.

auf der andern vorhanden ist, der erstere allemal die letztere überwiegt: die culpa also gar nicht weiter in Betracht gezogen wird. Man würde ihn also nur unter gegenseitiger Compensation der culpa, oder unter Voraussetzung der alleinigen culpa auf Seiten des Beschädigten annehmen können.

Die Allgemeinheit der ersteren Sätze dagegen ließe sich vertheidigen. Aus dem Prinzip, daß bey vorhandener Berechtigung zu einer Handlung nur dann eine Verpflichtung zum Schadenersatz entstehe, wenn sich erweisen ließe, daß jemand wirklich dolos gehandelt, würde sich das höchste Prinzip oder die letzte Bedingung des Schadenersatzes so bilden: nur der ist zum Schadenersatz verbunden, welcher durch widerrechtliche Handlungen, oder einen dolosen Gebrauch seines Rechts den Andern beschädigt hat. Die Handlungen sind bekanntlich sowohl commissive als omissive. Die letzteren müssen hier eben so viel als die ersteren gelten, denn wer gegen seine Verbindlichkeit etwas unterläßt, handelt eben so gut widerrechtlich, als wer etwas thut, wozu er nicht befugt ist. Es kommt allein darauf an, daß die Handlung als eine widerrechtliche erscheint. Es muß auch im Ganzen gleichgültig bleiben, ob bey der Handlung Vorsatz (dolus) oder Nachlässigkeit (negligentia) concurrirt, und wie im letzteren Fall die Nachlässigkeit beschaffen ist. Die Gesetze begreifen die Widerrechtlichkeit generell unter dem Ausdruck culpa [h]): nur in so fern sie zwischen damnum dolo und culpa datum distinguiren, erscheint die culpa als negligentia oder omissio debitae diligentiae. Nun finden sich aber noch in den Gesetzen besondere den Schadenersatz angehende Bestimmungen, so daß die oben gedachte Formel für das höchste Prinzip des Schadenersatzes noch nicht als geschlossen erscheinen kann. Denn so wird

---

h) Hasse a. a. O. Seite

1) bey mehreren Rechtsgeschäften nur eine Verpflichtung zu einem gewissen Grad der diligentia anerkannt, und derjenige nur für den Schaden verantwortlich gemacht, welcher diesen Grad der diligentia nicht beobachtet hat [i]). Daraus ist die so bestrittene Theorie der culpa lata, levis und levissima entstanden, worüber noch ausführlich unten gesprochen werden soll.

2) Kommen Fälle vor, wo die Gesetze selbst jemand verpflichten die Pericul zu tragen, oder das damnum casuale zu prästiren [k]).

Die Formul für die letzte Bedingung des Schadenersatzes würde demnach so zu fassen seyn:

Nur der widerrechtlich angerichtete Schade ist zu erstatten, es sey denn, daß die Gesetze für bestimmte Fälle und aus besonderen Gründen auch den Ersatz des damni casualis angeordnet hätten, und zwar ist es für den Fall des widerrechtlich angerichteten Schadens ganz gleichgültig, ob der Schade durch Vorsatz oder durch Nachlässigkeit angerichtet worden, und wie im letzteren Fall die Nachlässigkeit beschaffen war, es sey denn, daß die Gesetze nur zur Beobachtung eines gewissen Grades der diligentia verpflichteten, und andere Nachlässigkeiten entschuldigten.

Die Grundlinien der Entschädigungstheorie erscheinen nur alsdann erst vollständig, wenn zugleich bestimmt wird, was als Schadenersatz zu prästiren. Es ist oben zwischen positivem und privativem Schaden oder lucrum cessans, und id quod interest unterschieden worden. Justinians

i) Z. B. *Digest. XIII, 6. L. 5. §. 2 u. a.*
k) Z. B. *Dig. XVIII, 6.*

oben erklärte Entscheidung über die Leistung des id quod interest setzt voraus, daß solches überall gefordert werden kann; aus ihr selbst kann also die Bestimmung über die Frage, wenn es zu leisten, nicht entnommen werden. In der Justinianischen Gesetzgebung herrscht darüber so große Dunkelheit, daß man fast nur zum Conjecturiren seine Zuflucht nehmen muß.

Wo von Leistung des damni casualis wider die sonstige Regel die Rede ist, scheint sich die Prästation auf den Werth der Sache, und auf diesen allein zu beschränken. Es würde auch wirklich zu hart seyn, hier noch ein lucrum cessans und id quod interest in der praestatio damni begreifen zu wollen. Andere Rücksichten müssen schon eintreten, wenn es der Erstattung des widerrechtlich zugefügten Schadens gilt. Aber auch hier dürfte zwischen damnum dolo und culpa datum zu unterscheiden seyn. Bey dem ersteren dürfte angenommen werden müssen, daß die Leistung damnum positivum nicht nur, sondern auch lucrum cessans, und das id quod interest in sich begreife, denn wer absichtlich widerrechtlich gehandelt hat, ist auch zur höchsten Entschädigung verpflichtet. Bey dem letzteren könnte man wohl nur den Ersatz des damni positivi und des lucri cessantis annehmen, wenn hier nicht theilweise der Satz entgegenstände, daß in caussis civilibus die culpa lata dem dolus gleich zu achten sey [l]). Darnach würde denn nur für Fälle der culpa non lata die praestatio ejus quod interest wegfallen.

Hier ist auch noch der Ort, den Umfang des id quod interest zu bestimmen. Der des damni positivi und lucri cessantis, ergiebt sich hinlänglich aus dem, was oben darüber gesagt worden ist.

---

l) Dig. L. 17, L. 226.

Das Prinzip des Interesse ist

1) ein rein lucratives. Die Berechnung kann hier ins Unendliche gehen, was auch wohl Justinian vorzugsweise zu der oben gedachten Entscheidung veranlaßt hat. Die Grundlage der Berechnung giebt hier der Gewinn ab, welchen der Beschädigte hätte machen können, wenn das damnum positivum oder privativum nicht geschehen wäre. Setzen wir nämlich nach dem oben gegebenen Beyspiel, daß die versprochene Waarenlieferung in der gehörigen Güte eingegangen wäre, so daß die dafür gelöseten Gelder zu einer neuen Speculation hätten angelegt werden können, so würde nun der Betrag dieser Speculation nicht nur, sondern auch der Betrag der ferneren aus ihr wieder resultirenden Speculationen das Interesse bestimmen. Es läßt sich hier, wie beym lucrum cessans keine Gewißheit erhalten: alles beruht hier auf Wahrscheinlichkeit, und nur das juramentum in litem kann die Größe des Interesse bestimmen, die hernach der richterlichen Ermäßigung unterworfen ist.

Das Prinzip des Interesse kann aber auch

2) ein nicht lucratives seyn. Hieher gehört, wenn dem Beschädigten hinsichtlich seiner Wirthschaft und seines Verkehrs sehr daran gelegen war, daß die Beschädigung sich nicht ereignete, z. B. es war ihm ein Sclave getödtet worden, den er als Aufseher nöthig brauchte, oder eine Sache vernichtet worden, die er in seine besondere Affection genommen hatte. Für alle solche Fälle erlaubten gleichfalls die Römer den erlittenen Schaden zu Gelde anzuschlagen, und den Betrag zu fordern. Natürlich kann auch hier das jura-

mentum in litem nur über den Betrag des Schadens an sich entscheiden.

Daß die bloße affectio keinen Grund für das id quod interest abgeben soll, ist deutlich in den Gesetzen bestimmt worden. Es kommt allein auf die Gründe an, welche ihr unterliegen. Gewöhnliche Gründe reichen nicht hin, es müssen außerordentliche seyn m). Ihre Beurtheilung ist dem richterlichen Ermessen anheimgestellt geblieben.

m) *Dig. VII, L. 6*, §. 2. Item *voluptatis* vel *affectionis* aestimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum dominus, aut in deliciis habuerit. Es frägt sich, welches sind denn die außerordentlichen Gründe? Es scheint mir fast, als hätten die Römer die affectio allein auf die Nützlichkeit für das Hauswesen und das Gewerbe, welches jemand treibt, bezogen. Das sogenannte pretium affectionis würde also lediglich darauf zu beschränken seyn. Es ist auch nicht wohl thunlich, andere Rücksichten, bey dessen Bestimmung eintreten zu lassen. Die bekannte gemeine Lehre entfernt sich offenbar ganz von der gesetzlichen Ansicht.

XXV.

Veränderung des Grundsatzes von der letzten Bedingung des Schadensersatzes bey Beschädigungen, welche durch filios, filiasque familias, Sclaven und Thiere, desgleichen durch unserer Aufsicht anvertraute Personen und Sachen verursacht worden sind §. 163. — Ob die Prinzipien über die praestatio damni sich darnach gleichmäßig verändern §. 164. — Nach welcher Ansicht die Theorie vom Schaden und Schadensersatz zu behandeln §. 165.

§. 163.

Die letzte Bedingung alles Schadensersatzes ist, wie in der vorigen Nummer gezeigt worden, widerrechtliches Handeln (culpa) ohne Unterschied, ob diesem Handeln ein Vorsatz oder eine Nachlässigkeit (culpa im engeren Sinne) zum Grunde liegt, und im letztern Fall ohne Rücksicht auf die verschiedenen Grade der Nachlässigkeit, welche sich hier annehmen lassen, es sey denn, daß die Gesetze nur zu einem besondern Grad der Diligenz verbänden, oder auch die Pericul nach der Vorschrift derselben getragen werden müßte.

Es ist in der vorigen Nummer gezeigt worden, daß bey dem durch Widerrechtlichkeit verursachten Schaden nichts darauf ankomme, ob die Handlungen commissive oder omissive sind. Das Prinzip ist, daß contra jus gehandelt worden. Wir werden in der Folge auf Gesetze stoßen, nach welchen die omissiven Handlungen in einem mildern Lichte erscheinen als die commissiven, allein es wird auch bewiesen werden, daß es, die Sache genau genommen, an der Widerrechtlichkeit fehlte, oder sonst Gründe vorhanden waren, daß die omissiven Handlungen nicht dieselben Resultate geben konnten als die commissiven.

Die oben gedachte letzte Bedingung des Schadensersatzes kann jedoch nur für Fälle gelten, wo der Schade

durch eigene Handlungen, oder wohl durch fremde, aber in unserm Auftrag und Befehl angerichtet worden ist. — Aber die Gesetze verbinden auch zur Entschädigung, wenn der Schade durch unsere Hauskinder, Sclaven und Thiere angerichtet wurde, desgleichen wenn er durch Personen und Sachen geschehen war, welche unserer Aufsicht waren anvertraut worden. In so fern der Grund der Verpflichtung zum Schadensersatz in unserer Negligenz anzutreffen ist, läßt sich auch hier die obengedachte letzte Bedingung aufrecht erhalten, denn die Negligenz ist eine widerrechtliche Omissivhandlung: aber die obligatio zum Schadensersatz wird auch ohne solche Negligenz angenommen. Es entsteht also sehr natürlich daraus noch eine zweyte letzte der ersteren coordinirte Bedingung des Schadensersatzes dahin lautend,

> Daß auch Eigenthum und eigenthumsartige Rechte über Personen und Sachen, so wie die Aufsicht darüber den Grund zur Verbindlichkeit den von ihnen angerichteten Schaden zu ersetzen enthalten.

Wenn der Schade von Personen angerichtet worden ist, läßt sich die Verbindlichkeit nur bedingt, nämlich in so fern von ihnen widerrechtlich gehandelt wurde, annehmen. Gilt es hingegen den von Sachen angerichteten Schaden, so kann natürlich keine Frage entstehen, ob widerrechtlich gehandelt worden oder nicht, weil überall von keinem jus hier die Rede ist: es kommt allein darauf an, unter welchen Modificationen und näheren Bestimmungen die Gesetze zum Schadensersatz jemand verpflichten.

Zu bemerken ist noch, daß die Gesetze dem Eigenthum und den eigenthumsartigen Rechten, den Besitz ganz gleich stellen. Die possessio eines Thiers z. B. verpflichtet den Besitzer eben so gut zum Ersatz des durch dasselbe angerich-

teten Schadens, als das Eigenthum ihn nur dazu verpflichten kann.

§. 164.

Fast scheinen die Prinzipien vom Schadensersatz sich zugleich darnach nothwendig verändern zu müssen. Es scheint doch eine große Verschiedenheit obzuwalten, ob man wegen widerrechtlicher Handlung oder wegen des Eigenthums und Besitzes und der Aufsicht zur Schadloshaltung verpflichtet ist. Wenn dort damnum positivum nicht nur, sondern auch lucrum cessans und id quod interest in der Regel zu erstatten ist, so scheint hier dagegen aller Schadensersatz auf damnum positivum beschränkt werden zu müssen. Wegen des bloßen Eigenthums und Besitzes u. s. w. scheint es doch, könne man unmöglich so viel leiden, als wegen widerrechtlicher Handlungen: gründen sich die letzteren auch nur in Negligenz, so findet doch Imputativität statt, welche doch bey der obligatio aus dem Eigenthum und Besitz allein sich nicht annehmen läßt. Es wird hier immer der Fall vorausgesetzt, daß nicht in einer Nachlässigkeit des Eigenthümers oder Besitzers, und noch viel weniger in einem von ihm herrührenden Auftrag oder Reiz der Grund des zugefügten Schadens zu suchen ist, überall seiner Seits keine imputable Handlung concurrirt.

Nichts desto weniger werden auch hier die oben ausgeführten allgemeinen Grundsätze von der praestatio damni anerkannt [a]). Die zur Erleichterung des Eigenthümers oder

a) Wenigstens nirgends ausgeschlossen. Das „Nichtausschließen" ist aber dem „Anerkennen" hier völlig gleich zu achten. Denn wo die Gesetze einmal eine Regel aufgestellt haben, muß die Regel auch so lange gelten, bis eine Ausnahme davon nachgewiesen wird. Man könnte nun wohl sagen, die Regel verstehe sich nur von Fällen, wo ein Schade widerrechtlich verursacht wor-

Besitzers eingeführte noxae datio ist bloß als ein beneficium juris zu betrachten, welches die Zulässigkeit der allgemein von der praestatio damni geltenden Grundsätze nicht aufheben kann. Sie müssen daher unbedingt eintreten, wo die noxae datio entweder unzulässig oder unmöglich ist.

§. 165.

Die Lehre vom Schadensersatz wird unstreitig am zweckmäßigsten so behandelt, daß man die letzten Bedingungen alles Schadensersatzes an die Spitze stellt, und von ihnen ausgeht. Darnach würde zu unterscheiden seyn der Schade, von dessen Erstattung die Widerrechtlichkeit den Grund abgiebt, und der Schade, für dessen Erstattung der Grund in dem Eigenthume, eigenthumsartigen Recht, oder dem Besitze der Person oder Sache, durch welche der Schade angerichtet ist, oder endlich ihrer Aufsicht zu suchen ist. Bezeichnen wir nach dem oben bemerkten Römischen Sprachgebrauch die Widerrechtlichkeit im Allgemeinen durch den Ausdruck culpa, so ist die culpa entweder eine solche, welche die lex Aquilia ahndet, oder eine solche, welche durch die übrige Gesetzgebung geahndet wird, — Aquilianische und nicht Aquilianische culpa. Bey dem Schadensersatz, dessen Grund in dem Eigenthume, eigenthumsartigen Rechten und dem Besitze zu suchen ist, mögen die Bedingungen desselben vors Erste auf sich beruhen

---

den ist, und folge das schon aus der Bestimmung über den Schadensersatz selbst: indeß da die Gesetze nicht unterscheiden, so dürfen wir es gleichfalls nicht, und das zur Erleichterung des Eigenthümers oder Besitzers eingeführte beneficium noxae dationis beweißt nur zu deutlich, daß die Gesetze keine Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen des Schadensersatzes angenommene wissen wollten. Die von älteren Juristen hier angenomenen Beschränkung der praestatio damni auf damnum positivum ist daher durchaus unannehmbar.

bleiben. Die Lehre vom Schadensersatz würde demnach so zu classifiziren seyn. I. Schadensersatz ex causa culpae. 1) Culpae Aquilianae. 2) Culpae non Aquilianae. Die praestatio culpae ist hier die Regel, nach welcher sich die Eintheilung allein machen muß: die praestatio casus als Ausnahme muß beyhergehen, wo die Gesetzgebung sie aus besondern Gründen annimmt. Am besten ist es jedoch, daraus eine eigene und nachträgliche Rubrik zu machen. II. Schadensersatz aus dem Grunde des Eigenthums, eigenthumsartiger Rechte, oder auch nur des Besitzes und der Aufsicht. III. Erstattung des bloß zufälligen Schadens (damni mere casualis). In den folgenden Erörterungen liegt diese Classification zum Grunde.

Es darf nicht unbemerkt bleiben, daß nach dieser Anordnung sich die Lehre vom Schadensersatz mit leichter Mühe durch das ganze Rechtssystem führen läßt. Ihre sonst eigenthümlichen Schwierigkeiten im Obligationenrecht heben sich, sobald man nur hinsichtlich der culpa gehörig distinguirt.

Nämlich, wenn man sich unter culpa generell die Widerrechtlichkeit denkt, so kann die Widerrechtlichkeit entweder in der Handlung selbst oder darin liegen, daß man eine von den Gesetzen auferlegte oder zur Pflicht gemachte diligentia oder custodia vernachlässigt hat. Allgemein ist man zwar auch schon verpflichtet auf seine Handlungen die gebührende Aufmerksamkeit zu verwenden, aber es macht doch einen großen Unterschied, ob die Gesetze noch besonders zu einer gewissen custodia oder diligentia verbinden. Diese Berücksichtigung ist es vorzugsweise, aber nicht allein, welche hier aushilft. Es kommt auch noch in Betracht, ob das damnum in contractu oder extra contractum zugefügt wor-

den, und unter welchen näheren Umständen es geschah. Alles zusammen will genau erwogen seyn, um den Character der Aquilianischen culpa genau zu bestimmen, und die Aquilianische culpa von der nicht Aquilianischen genau zu unterscheiden [b]).

---

b) Treffliche und ächtrömische Ansichten finden sich hinsichtlich dieses Puncts in der oben citirten Schrift von Hasse. Ich setze hier natürlich sehr Vieles voraus, was von dem trefflichen Verfasser so ausführlich und gründlich erklärt worden ist, und daher nicht erst einer neuen Untersuchung bedarf.

XXVI.

Schadensersatz ex causa culpae §. 166. — Was ist culpa Aquiliana, und wo ist die Grenze zwischen ihr und der culpa non Aquiliana §. 167. — Umfang der culpa Aquiliana und Bestimmung über ihre Prästation sowohl, als das Rechtsmittel, wodurch sie verfolgt wird §. 168 — 170.

§. 166.

Indem wir zuerst den Schadensersatz ex causa culpae betrachten, erinnern wir nochmals den Leser, daß wir unter culpa jede **Widerrechtlichkeit** verstehen, mag sie durch **commissive** oder **omissive** Handlungen begangen werden, und mag den Handlungen Absicht — dolus, oder Fahrlässigkeit, culpa zum Grunde liegen. Die Rechtswidrigkeit macht hier alles allein aus. Sie wird begründet: einmal durch Verletzung der Person, der Sachen und Rechte des Andern, wenn man nicht zu dieser Verletzung befugt ist. Zweytens durch Vernachlässigung der von den Gesetzen zur Pflicht gemachten diligentia und custodia. Mit diesem letzteren Fall haben es ausschließlich die mehreren Grade der culpa zu thun, denn es kann nur da von Graden die Rede seyn, wo überall etwas auf die Gradmessung ankommt.

Wie bey den Römern früher der Schadensersatz ex causa culpae bestimmt worden, ist unbekannt. Das Zwölf-Tafelngesetz enthält darüber einige dunkele Andeutungen, was nachher noch über den Gegenstand verfügt worden, wissen wir nicht: hieher gehörige spätere Gesetze muß es noch gegeben haben, weil ihrer, wenn gleich ohne sie näher zu bezeichnen, Erwähnung geschieht. Man kann nicht sagen, die lex Aquilia habe alle früheren Vorschriften über den Gegenstand aufgehoben: um dieß zu behaupten, müßten wir eines Theils die früheren gesetzlichen Bestimmungen besser kennen, auch wird schon die Behauptung durch den Inhalt des Aquilianischen

Gesetzes selbst widerlegt, das sich ja nicht über die praestatio damni ex causa culpae generell verbreitet, sondern nur eine gewisse culpa zum Vorwurf hat, die daher auch die Aquilianische culpa genannt wird [a]). Was sich mit Sicherheit annehmen läßt ist, daß die lex Aquilia zuerst das damnum, welches aus directer Widerrechtlichkeit entsprang, von dem damnum trennte, welches aus Vernachlässigung der von den Gesetzen zur Pflicht gemachten diligentia entstand, und über das erstere ziemlich generell verfügte.

Ganz stimmt auch dieß mit der Nachricht überein, welche in der Pandecten-Compilation gegeben wird. *Dig. XI, 2, L. 1.* heißt es: Lex Aquilia omnibus legibus quae ante se de damno *injuria* dato locutae sunt derogavit. Sie derogirte also nur allen früheren Gesetzen über das damnum injuria datum, so weit sie nämlich über dasselbe verfügt, nicht allen über das damnum.

Bekanntlich enthielt die lex Aquilia drey Kapitel, wovon das zweyte verloren gegangen ist. Es ist verloren gegangen, weil es außer Gebrauch gekommen [b]): daß es, wie gemeinhin behauptet wird [c]), de servo corrupto gehandelt, ist um so weniger zu glauben, als alsdann kein Grund vor-

---

a) Was Hasse l. c. Seite 27 hier gegen Glück erinnert, hebt sich wohl von selbst. Sobald man nur gehörig die Gegenstände sondert, worüber die lex Aquilia verfügte, und welche nicht in ihrem Bereich lagen, so findet sich auch diese Behauptung gleich bestätiget.

b) *Inst. IV, 3, §. 12.*

c) *Westenberg pr. jur. sec. Ord. Dig. tit. ad leg. Aquil.* §. 25. — *Dig. XI, 3, L. 4* u. 5, woraus man solches schließen will, beweist auch gar nichts. Die Stellen sprechen bloß von der actio legis Aquil. utilis, also von einer Ausdehnung des Aquilischen Gesetzes auf den Fall der corruptio servi, die nicht erst nöthig war, wenn das Gesetz schon selbst darüber bestimmt hatte.

handen gewesen wäre, den non usum anzunehmen. Mit geringeren Schwierigkeiten hat man zu kämpfen, wenn angenommen wird d), das zweyte Kapitel habe gar nicht über den Schadensersatz verfügt, sondern über einen ganz andern Gegenstand, der hernach Antiquität geworden. Freylich steht dieser Ansicht gar sehr entgegen, daß das erste und dritte Kapitel über den Schadensersatz verfügen, und sich nicht wohl begreifen läßt, wie ein zweytes Kapitel — sehr gut ein drittes und letztes, oder auch wohl ein erstes — über einen andern Gegenstand hätte disponiren können. Indeß ist zu bedenken, daß die älteren Römischen Gesetze oft über ganz heterogene Gegenstände verfügen, und daß man die Gesetze nach der Ordnung faßte, wie abgestimmt worden war, nicht nach den Materien, worüber die Abstimmung geschehen war. Hätte das außer Gebrauch gekommene Kapitel wirklich über den Schadensersatz verfügt, so läßt sich nicht begreifen, wie sein Inhalt wenigstens nicht als eine historische Antiquität in den Institutionen Erwähnung finden mögen.

§. 167.

Die Frage ist nun über die culpa Aquiliana selbst, oder welche Widerrechtlichkeit ist Vorwurf der lex Aquilia? Wir wollen, um die Frage zu beantworten, zuerst die uns in der Pandecten-Compilation selbst erhaltenen Kapitel des Aquilischen Gesetzes hersetzen.

Dig. IX, 2, L. 2. — Lege Aquilia *capite* **primo** cavetur: *Qui servum servamve alienum alienamve, quadrupedem pecudem injuria occiderit, quanti in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto.* — Vollständig ist uns der Inhalt des ersten Kapitels hier wohl nicht

---

d) Hugo Röm. Rechtsg. S. 172.

gegeben worden, denn Cajus aus dessen Lib. VII. ad edictum provinciale das Fragment ist, fügt hinzu „Et infra deinde cavetur ut adversus infitiantem in duplum actio esset.“ Indeß kann man wohl annehmen, daß in der Hauptsache Alles gegeben worden, was das erste Kapitel der lex Aquilia enthielt. Die Institutionen (*Inst. IV, 3, pr.*) stimmen auch hier ganz mit den Pandecten überein.

Dig. c. l. et tit. L. 27. §. 5. Tertio autem *capite* ait eadem lex Aquilia. *Ceterarum rerum praeter hominem et pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quod usserit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit, in diebus triginta proximis, tantum aes domino dare damnas esto.*“ In den Institutionen (*Inst.* c. l. et §. 13.) wird der Inhalt des dritten Kapitels nicht mit seinen Worten gegeben, sondern bloß gesagt „Capite tertio *de omni caetero* damno cavetur, und Theophilus bemerkt zum §. 14. des Institutionentextes, daß in den Grundsätzen beide Kapitel ganz übereinstimmten. Es ließen sich nur zwey Verschiedenheiten hier annehmen, nämlich (nach der Reizischen Uebersetzung der Paraphrase) 1) quod primo capite de servis aut pecudibus occisis agatur, hoc vero caput (olim tertium, modo secundum) de caeteris omnibus fere damnis tractet, und 2) ex hoc capite non quanti in eo anno retro, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligetur is, qui damnum dederit. — Da sogar nach §. 15. des Institutionentextes auch das nec plurimi in diesem dritten Kapitel enthalten seyn soll, obgleich es nicht ausgedrückt worden ist, so dürfte die Erklärung des Theophilus hier um so weniger irgend einem Zweifel unterworfen seyn.

Man hat eine völlige Uebersicht des Gesetzes, wenn man aus dem Institutionentext noch §. 16. mit der Paraphrase von Theophilus hinzufügt: Caeterum (Theophilus setzt zu „generali regula) placuit, ita demum directam ex

hac lege actionem esse, si (Theophil. fügt hinzu et corpus laesum sit et) quis praecipue corpore suo (Theoph. f. h. id est: si quis corpore, veluti manibus, ligno, lapide aut alio quovis instrumento) damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio modo damnum dederit (hoc est: si laesum quidem est corpus; sed non corpore) utiles actiones dari solent: veluti si quis hominem alienum aut pecus ita incluserit, ut fame necaretur etc. etc. — — — Sed si non corpore damnum datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo alicui damnum contigerit, cum non sufficiat neque directa (Theophil. f. h. quia corpore non sit damnum datum), neque utilis (Theophil. f. h. quia corpus laesum non sit) legis Aquiliae actio: placuit eum, qui obnoxius fuerit, in factum actione teneri: veluti, si quis misericordia ductus, alienum servum compeditum solverit, ut fugeret. — Eine Frage, die ich nirgends aufgeworfen finde, möchte ich doch wenigstens berühren. Woher mag es kommen, daß aus einem und demselben Gesetze eine actio directa und utilis entspringt, und daß gerade von ganz von dem eigentlichen Gegenstande entfernten Umständen der Grund des Unterschiedes hergenommen worden ist, auch überall die Unterscheidung zwischen actio directa und utilis hier auf einem ganz anderen als dem gewöhnlichen Fundament beruht? Wäre das Letztere nicht der Fall, so könnte man annehmen, das ehemals dritte, jetzt zweyte Kapitel, sey ein Supplement der lex Aquilia, und aus dem ersteren entspringe actio legis Aquiliae *directa*, aus dem letzteren dagegen actio *utilis*. Ich gestehe aufrichtig, daß ich die Frage nicht genügend zu beantworten weiß. Aus der lex Aquilia selbst läßt sich kein Grund für ihre Beantwortung entnehmen: er liegt unstreitig tiefer, und wenn ich nicht ganz irre in dem voraquilischen Recht. Die Hauptklage wegen damnum injuria datum, ging hier unstreitig auf den Fall, den actio legis Aquiliae di-

directa vorausgesetzt, und die Ausdehnung auf den Fall der actio legis Aquil. utilis. Man behielt der neuen Aquilischen Gesetzgebung ungeachtet die alten Klageformeln bey, taufte nur die Klagen um, und führte daneben noch als Ergänzungsklage die actio in factum ein. So läßt sich die ganz eigene Stellung der Aquilianischen Klage zu dem Inhalt der lex Aquilia noch einzig erträglich erklären: ganz wird dadurch freylich noch immer nicht der Uebelstand gehoben. Ausgemacht ist, daß die Stellung der Klage zu dem Gesetz, aus welchem sie doch eigentlich entspringt, ehedem grobe Mißgriffe verursacht hat, indem sie die Veranlassung gewesen ist, von der Klage aus, das Wesen des damni injuria dati zu bestimmen. Es läßt sich wohl nicht leugnen, daß selbst die Römischen Commentoren über die lex Aquilia durch die oben gedachte Uneigentlichkeit hin und wieder gestört worden sind, besonders da, wie unten gezeigt werden wird, noch eine besondere actio legis Aquiliae utilis in der gewöhnlichen Gestaltung der actiones utiles vorkommt.

Einen Gegenstand der lex Aquilia giebt das damnum injuria datum ab. Die Aquilianische culpa ist daher auf die injuria beschränkt. Das Wort „injuria" bezeichnet nun zwar im Allgemeinen jede Rechtswidrigkeit; und sonach dürfte das damnum injuria datum allen widerrechtlich zugefügten Schaden ohne Unterschied in sich fassen, indeß wird schon durch eine nähere Bestimmung die injuria als contumelia von der injuria als αδικημα getrennt, auch erhellt wieder nicht nur aus Theophilus, sondern auch — und noch weitmehr aus der Pandecten-Compilation, daß nicht jedes αδικημα der lex Aquiliana untergeordnet ist. So muß denn die Aquilianische culpa nothwendig noch näher bestimmt werden: die Bestimmung muß theils aus der lex Aquilia selbst, theils aus ihrer Erklärung, so wie sie in der Pandecten-Compilation vorliegt, entnommen werden.

Nach dem ersten Kapitel der lex Aquilia gehört zur culpa Aquiliana jede widerrechtliche Tödtung von Sclaven und vierfüßigen Thieren. Aber in den juristischen Erklärungen der lex wird uns gesagt, daß, so viel die Thiere betrifft, nicht alle vierfüßigen Thiere hier gemeint sind, sondern bloß die, quae pecudum numero sunt, et gregatim habentur: veluti oves, caprae, boves, equi, muli, asini. Auch die Schweine könne man noch wohl dahin zählen, nicht aber die Hunde, noch viel weniger Bären, Löwen und Panther. Elephanten und Camele wären gemischter Eigenschaft „nam et jumentorum operam praestant, et natura eorum fera est" und daher könne man sie wohl unter die Sanction der lex Aquilia begreifen e). — Man sieht daraus, daß die Disposition der lex Aquilia in dem ersten Kapitel beschränkt ist 1) auf vierfüßige Thiere. 2) Auf solche vierfüßige Thiere, welche zum Ackerbau, oder zu einem sonstigen Gewerbe gebraucht werden, oder zur gewöhnlichen Speise dienen. Ausgeschlossen sind 1) alles Geflügel, wenn es auch zu den Hausthieren gehört. 2) Alle quadrupedes, die nicht pecudum numero sind, wenn sie auch zu den Hausthieren gehören sollten, als Hunde und Katzen, und völlig 3) alle eigentlich wilde Thiere mit alleiniger Ausnahme der Elephanten und Kamele, weil die letzteren auch zum Tragen und Fortschaffen gebraucht werden.

Das zweyte Kapitel des Aquilischen Gesetzes geht nun schon weiter, und bringt unter die Kategorie des für dasselbe gehörigen Schadens alle widerrechtliche Beschädigungen an ceteras res außer den Sclaven, und den quadrupedes, die pecorum numero sind. Allein es giebt res corporales sowohl als incorporales, und nicht bloß aus den

---

e) *Dig. IX, 2, L. 2, §. 2.*

Worten des zweyten Kapitels und dessen Verbindung mit dem ersteren, sondern auch aus den in der Pandecten-Compilation enthaltenen Erklärungen des zweyten Kapitels scheint hervor zu gehen, daß unter dem ceterae res hier nur alle übrigen körperlichen Sachen außer den Sclaven und den quadrupedes gemeint sind. Wer unsere eigenthümlichen Sachen verletzt, verletzt zwar zugleich auch unsere Rechte, allein es giebt bekanntlich noch eine besondere, von der Verletzung körperlicher Sachen selbst unabhängige Verletzung und Beeinträchtigung der Rechte. Z. B. es ist jemand widerrechtlich abgehalten worden, von seinem ihm zustehenden jus pascendi Gebrauch zu machen. — Aus *Digest. IX, 2, L. 19, §. 1.* „Si protectum meum quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses, posse me tecum damni *injuria* agere Proculus scribit: debuisti enim mecum, jus mihi non esse protectum habere, agere, folgt keinesweges, daß auch schon bloße Rechtsverletzungen unter dem Aquilischen Gesetz stehen, denn der Nachsatz: nec esse aequum damnum me pati, *recisis a te meis tignis* giebt deutlich genug zu erkennen, daß es hier eigentlich den Schaden gilt, den der Andere durch das gewaltsame Wegreißen und durch die Zerstörung der Baumaterialien erlitten hat. Die Bemerkung des Theophilus, daß das zweyte Kapitel des Aquilischen Gesetzes de caeteris omnibus *fere* damnis handele, scheint auch klar darauf hinzudeuten, daß das Eine oder das Andere, was sonst unter den allgemeinen Ausdruck „caeterae res" begriffen werden könnte, ausgeschlossen bleiben müsse. Daß Theophilus nicht an eigentliche Injurien und den dadurch erlittenen Schaden denken konnte, in so fern solcher auch nicht schon seiner Natur nach unter dem Aquilischen Gesetze steht, ist wohl um so mehr anzunehmen, als es hier Gegenständen galt, die ihrer Natur nach übrigens sehr wohl unter dem Aquilischen Gesetze stehen konnten. Es bleibt also sowohl

nach den Worten als nach dem Geiste der lex Aquilia allein die Annahme übrig, daß nur die widerrechtliche Beschädigung körperlicher Sachen zur culpa Aquiliana gehöre, möge sie übrigens für sich allein vorhanden seyn, oder mit anderen Beschädigungen concurriren.

§. 168.

Die widerrechtliche Beeinträchtigung bloßer Rechte ist also von der culpa Aquiliana ausgeschlossen, es gilt allein der **widerrechtlichen Beschädigung körperlicher Sachen**, mögen diese seyn welche sie wollen. Die Frage, ob solche nothwendig in unserm Eigenthume stehen müssen, wenn das damnum injuria datum zur Entschädigungsklage berechtigen soll, kann erst weiter unten beantwortet werden. Hier ist nur noch genauer die Widerrechtlichkeit zu untersuchen, welche die culpa Aquiliana begründet. Es ist schon oben bemerkt worden, daß die Aquilianische culpa zu den directen Widerrechtlichkeiten gehört, nicht zu denen, welche in der Vernachlässigung einer gesetzlich auferlegten diligentia bestehen. Daher kommt hier auch nichts darauf an, ob das damnum dolo oder culpa zugefügt worden, und welcher Grad der culpa im letzteren Falle vorhanden war: alles kommt allein darauf an, daß die Handlung an sich contra jus war *f*). Daß der Schade von einem der **Vernunft** nicht **bloß fähigen**, sondern auch **mächtigen** Wesen zugefügt worden seyn müsse, ist darum nothwendig, weil hier überall nur von Schaden, den vernünftige Wesen anrichten, die Rede ist, und es ganz gleichgültig bleibt, ob der Schade von einem unvernünftigen Wesen, oder zwar von einem Vernünftigen, aber doch gerade der Vernunft nicht Mächtigen angerichtet wurde. Kümmert sich gleich die lex Aquilia nicht darum,

---

f) *Dig. IX, 2, L. 44.*

ob die Widerrechtlichkeit in dolus oder culpa gegründet ist, und fällt daher in dieser Hinsicht alle Frage über Imputativität weg, so darf doch nicht übersehen werden, ob das handelnde Subject den gehörigen Gebrauch seiner Vernunft hatte g). Dieß ist die erste Bedingung des Aquilischen Gesetzes, eine zweyte ist, daß der Schade durch einen freyen Menschen angerichtet wurde, das heißt, daß der Grund seiner Zufügung in dem freyen Menschen lag: ob er ihn übrigens selbst zufügte, oder durch Andere zufügen ließ, ist gleichgültig h). Eine dritte und letzte Bedingung ist endlich die Widerrechtlichkeit der Handlung selbst. Ob jemand gegen jus naturale gentium oder civile gefehlt hat, ist ganz gleichgültig, nur versteht es sich, daß das letztere im Fall des Dissenses allemal den Ausschlag giebt, und nach seiner Entscheidung bestimmt werden muß, ob injuria vorhanden oder nicht i).

---

g) *Dig. cit. lib. et tit. L.* 5. §. 2. Et ideo quaerimus, si *furiosus* damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa est, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum: cessabit igitur Aquiliae actio: quemadmodum si quadrupes damnum dederit Aquilia cessat: aut si tegula ceciderit. Sed et si *infans* damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si *impubes* id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax.

h) *Paul. Sentent.* L. II. Tit. 31. §. 7. arg. *Dig. IX*, 4, *L.* 1. u. 2. *Inst. IV*, 8, *pr.* wornach, wenn ein Sclave wider Wissen und Willen des Herrn beschädigt hat, die actio noxalis, nicht aber die actio legis Aquil. statt findet.

i) So unbestimmt sich auch die Gesetze über die injuria ausdrücken, so klar ist es doch, daß wo gegen jus naturale und gentium gehandelt worden ist, in so fern nur die culpa überall unter der lex Aquilia steht, sie eben so gut geahndet werden muß, als wo gegen jus civile peccirt wurde. Gesammte jura galten im Römischen Staat — im ganzen mit gleicher Wirksamkeit — wie oben gezeigt worden ist. Es folgt daraus, daß eben

Die Untersuchung über die Aquilianische culpa ist damit aber noch immer nicht geschlossen. Der Schade, welcher freyen Menschen an ihrem Körper zugefügt worden ist [k]), sowohl als die corruptio servi et servae, sind nicht unter der Verordnung der lex Aquilia begriffen. Auch mit dem Schaden, welcher jemanden durch Entziehung eines Gewinnstes oder anderer Vortheile zugefügt worden ist, hat sie nichts zu schaffen, in so fern solche nicht mit einem positiven Schaden zusammenhängt, den sie allein ahndet. Daß ein privativer Schade, ohne Folge des positiven zu seyn, sehr gut gedacht werden kann, ist oben gezeigt worden. Der positive Schade ist allein die Pointe, in so fern die übrigen Erfordernisse der Aquilianischen culpa damit zusammentreffen. Ob übrigens der Schade noch mit einem besonderen Verbrechen concurrirt, und aus diesem dem Verletzten Rechtsmittel mit eben der Tendenz zuständig sind, ist sehr gleichgültig, eben so, ob er mit einem Rechtsgeschäft concurrirt, nur muß das Rechtsgeschäft kein contractus seyn, weil der bey Contracten zugefügte Schaden ganz eigen und nach besonderen Grundsätzen genommen seyn will [m]). Die lex Aquilia hat also nur den unter den obigen Bestimmungen extra contractum zugefügten Schaden zum Vorwurf.

Sonach wären wir dahin gekommen, die Aquilianische Culpa in ihrem ganzen Umfange darstellen zu können. Sie besteht in einer directen widerrechtlichen extra contractum

---

so gut ein *αδικημα* vorhanden ist, wenn gegen jus naturale und gentium als wenn gegen jus civile gefehlt wird.

k) Arg. *Dig. IX*, 1, *L.* 3. *Dig. IX*, 3, *L. ult.* *Dig. XLVIII*, 8, *L.* 1. §. 3.

l) Denn für diesen Fall fand eine eigene Klage de Servo corrupto statt. *Dig. XI*, 3. *L.* 1. *pr.*

m) Von Andeutungen in den Gesetzen, wo die actio legis Aquiliae mit einer Contractsklage concurrirt, wird noch weiter unten die Rede seyn.

geschehenen Beschädigung fremder körperlicher Sachen. Ausgeschlossen sind von dem Umfange der Aquilianischen culpa folgende widerrechtliche Beschädigungen:

1) Die Beeinträchtigung bloßer Rechte [n]).

2) Jede Beschädigung, wovon der Grund der Zufügung nicht in dem freyen Menschen liegt.

3) Der Schade, welcher einem freyen Menschen an seinem Körper zugefügt worden ist.

4) Die corruptio servi et servae.

5) Das damnum in contracto datum.

So ist wenigstens der ursprüngliche Character der Aquilianischen Culpa: worauf dieselbe in der Folge ausgedehnt worden ist, soll jetzt näher untersucht werden.

In den Excerpten aus den Schriften der Römischen Juristen, welche die beiden oben gegebenen Stellen aus der lex Aquilia begleiten, finden sich Stellen, welche deutlich auf eine Ausdehnung der Aquilianischen Culpa hinweisen. Allein da die Stellen sämmtlich aus den Commentarien über das Edict sind, so verrathen sie dadurch schon einen genaueren Zusammenhang mit demselben als mit der lex Aquilia, und wird klar, daß die Commentatoren, welche einen vom Schadensersatz handelnden Abschnitt des Edicts commentirten, die lex Aquilia wegen des Zusammenhangs mitnahmen. Die lex Aquilia, selbst konnte wohl nicht im Edict stehen, aber eine darauf sich beziehende und dieselbe ergänzende prätorische Verfügung stand gewiß darin: ohne sie hätten Ulpian und Andere nicht Veranl-

n) Es ist hier bloß von directer Beeinträchtigung die Rede. Die indirecte z. B. durch ein falsches Zeugniß oder durch ein fehlerhaftes gehört ohnehin nicht in die Kategorie der Aquilianischen Culpa.

lassung finden können, die lex Aquilia anzuführen und darüber zu commentiren. Daß die Sache sich so und nicht anders verhielt, erhellt insbesondere aus *Dig. XIX, 5, L. 11.* Quia actionum non plenus numerus esset, ideo plerumque actiones in factum desiderantur. Sed et eas actiones quae legibus proditae sunt, si lex justa ac necessaria sit, supplet praetor in eo, quod legi deest: *quod facit in lege Aquilia, reddendo actiones in factum accommodatas legi Aquiliae:* idque utilitas ejus legis exigit." Darnach scheint es nun zwar, als wenn der Prätor bloß die actio ex lege Aquilia erweitert habe, allein, wenn man die Fragmente in dem Titel der Pandecten ad leg. Aquil. selbst zur Hand nimmt, erhellt, daß die Erweiterung zugleich die Aquilianische Culpa betraf. Ein besonderer auf diese Erweiterung hindeutender Absatz in dem Pandectentitel ad leg. Aquil. fehlt, in welchem ohnehin durch die Unachtsamkeit der Compilatoren Stellen geflossen sind, die zu dem Titel der Pandecten de his qui effuderint vel dejecerint gehören, z. B. *Dig. IX, 2, L. 31.* Ich würde diese Erweiterung die Prätorische Aquilianische Culpa zum Unterschiede von der eigentlichen oder culpa Aquiliana civilis nennen.

§. 169.

Jetzt fragt es sich nun, wie weit geht die Ausdehnung der Aquilianischen Culpa durch den Prätor? Wahrscheinlich (mit Gewißheit läßt sich doch nichts über die Sache bestimmen) auf alle Fälle, die in der Mitte zwischen dem Aquilischen Gesetze und andern besondern Gesetzen über das damnum lagen, und worüber folglich gar nichts feststand. Dahin gehörte vorzugsweise 1) die Verletzung der libera corpora, welche an die Person eines Andern attachirt, oder einem fundo adscribirt waren, und daher ohne Sclaven zu seyn, in einem der Sclaverey ähnlichen Verhältniß standen,

competirende Entschädigung. 2) Die Damnification wegen getödteter libera corpora aller Art, für die Hinterbliebenen derselben, hinsichtlich der diesen nun entzogenen Alimentation. 3) Die Entschädigung wegen ganz independenten liberis corporibus zugefügter Verletzungen. Nach *Dig. IX*, *2*, *L. 7* u. *13*. findet zwar für diese zur Erlangung der Kurkosten und des entzogenen Verdienstes actio legis Aquiliae utilis statt, allein es ist klar, daß der Fall unter die Prätorische Ausdehnung gehörte: durch die auctoritas prudentum konnte sich die Ausdehnung nicht füglich machen, weil sie dem Buchstaben sowohl, als dem Geiste der lex Aquilia so ganz zuwider war. Daß übrigens das Aquilische Gesetz auch durch die Juristen weiter ausgedehnt worden, ist kein Zweifel, nur läßt sich die Grenze dieser Ausdehnung darum sehr schwer bestimmen, weil auch von vorn herein aus der lex Aquilia eine doppelte Klage, eine actio directa und utilis statt fand, und die actio utilis hier gegen ihre sonstige Beschaffenheit von zwiefacher Natur ist, eine solche, die aus der lex selbst entsteht, und eine solche, welche durch die auctoribus prudentum geschaffen ist.

Obgleich die lex Aquilia sich durchaus nicht darum kümmert, ob damnum dolo oder culpa zugefügt worden, und sogar culpa levissima nach derselben imputabel ist, so findet doch keine Zurechnung des bloß Casuellen statt. Wo also eine Beschädigung in einem casus mere fortuitus ihren Grund hat, da ist der Beschädiger von allen Ansprüchen auf Schadensersatz völlig befreyt [o]).

Es wird. jetzt nöthig seyn, die einzelnen Fälle durchzugehen, welche unter der Bestimmung der lex Aquilia stehen; zugleich von dem, was als Schadensersatz zu prästiren zu sprechen. Es gehört hieher

---

o) *Instit. IV*, 3, §. 3.

1) widerrechtliche Tödtung eines Sclaven oder einer Sclavin, desgleichen eines quadrupedis in der von Cajus *Dig. XI, 2, L. 2, §. 2.* angegebenen oben vorgelegten näheren Bestimmung. Die Tödtung erscheint so oft als eine widerrechtliche, als sie nicht geschieht, um seine eigene Existenz zu retten, oder in Fällen, wo die Gesetze sonst die Tödtung erlauben p). Ob die Tödtung eine directe oder indirecte ist, ist ganz gleichgültig, eben so, ob sie von dem Freyen selbst oder auf seinen Befehl von andern Freyen oder Sclaven geschah, in beiden Fällen ist er gleichmäßig zum Schadenserſatz verpflichtet q). Da bey der widerrechtlichen Beschädigung, welche die lex Aquilia ahndet, gar nichts darauf ankommt, ob dolo oder culpa der Schade zugefügt worden, so ist auch der Arzt, welche durch eine falsche Kur oder Amputation und Section den Sclaven tödtete, oder durch Vernachlässigung dessen Tod verursacht hat, eben so gut zum Schadensersatz verpflichtet, als der, welcher ihn geradezu ums Leben

---

p) Angegeben sind die Fälle des moderaminis inculpatae tutelae, und der gesetzlichen Erlaubtheit den furem nocturnum oder den sich mit Waffen vertheidigenden furem diurnum zu tödten (*Dig. IX, 2, L.* 4. u. 5.) Desgleichen den servum adulterum (*Dig. c. l. et t. L.* 30.)

q) Der Fall, wo jemand bloß die Veranlassung zum Tode des servi oder quadrupedis gab, also nicht selbst tödtete oder tödten ließ, war wohl Anfangs nicht in der lex Aquilia begriffen, wurde auch wohl nicht durch die Rechtsgelehrten hineingedeutet, und ist daher wohl lediglich in der Verordnung des Edicts zu suchen. Dieß beweist besonders der Umstand, daß für solchen weder actio legis Aquiliae directa noch utilis, sondern actio in factum statt findet. *Dig. IX, 2, L. 9, §. 3.* Si servum meum equitantem concitato equo effeceris in flumen praecipitari, atque ideo homo perierit, in factum esse dandam Ofilius scribit: quemadmodum si servus meus ab alio in insidias deductus, ab alio esset occisus.

brachte [r]). Es kommt hier nichts darauf an, ob jemand wirklich Arzt war, oder sich nur als Arzt gerirte: profitirt jemand eine Scienz auch nur factisch, so muß er darnach beurtheilt werden. Was von der Kur der Sclaven gilt, muß auch von der Kur der quadrupedes gelten. Der Vieharzt ist daher eben so verantwortlich als der Menschenarzt. Wer Sclaven oder quadrupedes durch Ueberfahren oder Ueberreiten tödtet, ist gleichfalls zum Schadensersatz verpflichtet, und kann sich damit nicht entschuldigen, daß er die Pferde nicht aufhalten können. Doch ist hier der Schadensersatz bedingt durch imperitia und infirmitas: wo also die Thiere so unbändig wurden, daß keiner sie hätte halten können, fällt auch die obligatio zum Schadensersatz weg [s]). Mit großen Schwierigkeiten ist gewiß die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift verbunden, denn wie läßt sich ausmitteln, ob imperitia und infirmitas die Veranlassung zu dem gestifteten Schaden gaben, oder die Unbändigkeit der Thiere selbst, besonders wenn man bedenkt, daß die Thiere meist durch eine anfänglich falsche Behandlung unbändig werden, und hernach sich nicht mehr aufhalten lassen. Der schwerste Beweis wird hier allemal demjenigen obliegen, der den Schaden angerichtet hat, und wird in zweifelhaften Fällen immer gegen ihn zu erkennen seyn. Kommt noch die Uebertretung eines polizeylichen Gebots hinzu, z. B. auf der Straße langsam zu fahren, so ist vollends die Verurtheilung nicht auszulassen [t]).

---

r) *Dig. IX*, 2, *L. 7* u. 8. Eben so der Bartscheerer, der den Sclaven aus Versehen die Gurgel abschnitt. *Dig. c. l. et tit. L. 9. pr.*

s) *Dig. c. l. et t. L. 8.*

t) Daß auch hier die Prämonition zu nichts hilft, ist bekannt.

Haben Mehrere auf einen servus oder eine quadrupes losgeschlagen, so haftet derjenige für den Schadensersatz, durch dessen Schläge der servus oder die quadrupes gefallen ist, und kann nicht ausgemittelt werden, wer der Tödter ist, so haften Alle in solidum [u]). Hat der Eine dem Sclaven eine tödtliche Wunde zugefügt, der Andere ihn entseelt, so haftet der Erstere de vulnerato, der letztere de occiso [v]). Es frägt sich, was heißt das, und in welchem Geiste sind hier die gesetzlichen Bestimmungen zu verstehen? Klar scheint zu seyn, daß nicht de vulnerato und de occiso zusammen agirt werden kann, auch, daß wenn Einer verwundet, der Andere getödtet hat, der letztere nur eigentlich in Anspruch genommen werden kann, denn die obligatio zum Schadensersatz ist für den Fall nur als eine Solidarpflicht anerkannt worden, wenn Mehrere auf einen Sclaven oder eine quadrupes losgeschlagen haben, und nicht ausgemittelt werden kann, wer der Tödter war. Aber, wenn nun der, welcher de occiso belangt werden konnte, nicht zahlfähig war, so würde dem Beschädigten keine Hülfe übrig geblieben seyn, wenn er denjenigen nicht hätte besprechen können, der nur verwundet hatte. Zur Hülfe scheint also nur die actio gegen denjenigen verstattet zu seyn, der mortiferum vulnus zugefügt hatte. Und doch ist das keinesweges der Fall, sondern es findet die actio verbunden gegen beide statt. Sie kann jedoch gegen denjenigen, welcher mortiferum vulnus zugefügt hatte, nicht auf eben die Summe angestellt werden, als sie gegen den-

---

u) *Dig. c. l. et tit. L.* 11. §. 2. *L.* 51, §. 1 u. 2.
v) *Dig. c. l. et tit. L.* 11, §. 3. u. *L.* 15, §. 1.

jenigen statt findet, der vollends getödtet hatte w). Das Factum des Entseelens kommt hier vorzugsweise oder primario, das des tödtlichen Verwundens secundario in Betracht. Darum wird auch das Entseelen härter geahndet als das tödtliche Verwunden: denn dabey blieb der Tod doch immer noch zweifelhaft. Es folgt von selbst, daß wenn keine tödtliche Wunde zugefügt worden war, hier überall kein Anspruch wegen der bloßen Verwundung statt findet.

Als Entschädigung für den getödteten Sclaven, oder die getödtete quadrupes soll gegeben werden „quanti in eo anno plurimi fuit," nämlich der höchste Werth in dem Jahr wo die Tödtung vorfiel, dasselbe von dem Zeitpunct der Tödtung rückwärts zu 365 Tagen berechnet. Daß nur der gemeine Werth in Betracht kommt, braucht nicht erst erinnert zu werden, eben so wenig, als daß die Bestimmung des Gesetzes bloß vom damnum positivum gilt x). Aber es frägt sich, kommt denn auch nicht lucrum cessans und id quod interest hier in Betracht?

Dig. IX, 2, L. 21. §. 2. heißt es „Sed utrum corpus ejus solum aestimamus, quanti fuerit cum occi-

w) Ausdrücklich bestimmt *Dig. c. l. et t. L.* 49. §. 2. Aestimatio autem perempti non eadem in utriusque persona fiet: nam qui prior vulneravit tantum praestabit, quanti in anno proximo homo plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentum sexaginta quinque diebus: posterior in id tenebitur, quanti homo plurimi venire poterit in anno proximo quo vitae excessit: in quo pretium quoque hereditatis erit. — Ejusdem ergo occisi servi nomine alius majorem aestimationem praestabit. **Julian** entschuldigt diese eigenthümliche Entscheidung damit, daß es so viele Dinge gebe, wofür sich keine eigentlichen Gründe anführen ließen, und daß seine Meinung in der Praxis recipirt sey.

x) *Dig. c. l. et tit. L.* 2. *L.* 21, §. 1. *L.* 23, §. *L.* 51, §. 2.

deretur, an potius, quanti interfuit nostra, non esse occisum? Et hoc jure utimur, ut ejus quod interest fiat aestimatio." Festgesetzt wird der Gegenstand im *L.* 22. und 23. Da, wie wir hernach sehen werden, von den hier in Frage stehenden Grundsätzen auch späterhin Anwendung gemacht werden muß, so wird es nöthig seyn, die Gesetze noch genauer zu beleuchten.

L. 22. sagt „Proinde si servum occidisti quem sub *poena* tradendum promisi, utilitas venit in hoc judicium. §. 1. Item *causae* corpori adhaerentes *aestimantur*, si quis ex comoedis aut Symphoniacis, aut gemellis, aut *quadriga*, aut ex *pari mularum unum* vel *unam* occiderit: nonsolum enim peremti corporis aestimatio facienda est, *sed et ejus ratio haberi debet, quo cetera corpora depretiata sunt.*

L. 23. Inde Neratius scribit, si servus heres institutus occisus sit, etiam *hereditatis aestimationem* venire. §. 1. Julianus ait, si servus liber et heres esse jussus occisus fuerit, neque substitutum neque legitimum actione legis Aquiliae, hereditatis aestimationem consecuturum, quae servo competere non potuit. Quae sententia vera est. Pretii igitur solummodo fieri aestimationem: quia si heres esset, et liber esset. §. 2. Idem Julianus scribit, si institutus fuero sub conditione, si Stichum manumisero, et Stichus sit occisus post mortem testatoris, in aestimationem etiam hereditatis pretium me consecuturum: propter occisionem enim deficit conditio. Quod si vivo testatore occisus sit, hereditatis aestimationem cessare: quia retrorsum, quanti plurimi fuit inspicitur. §. 3. Idem Julianus scribit, aestimationem hominis occisi ad id tempus referri, quo plurimi in eo anno fuit: et ideo, et si pretioso pictori pollis fuerit praecisus,

et intra annum, quo praecideretur, fuerit occisus, posse Aquilia agi: *pretioque eo aestimandum quanti fuit prius, quam artem eum pollice amisisset.* §. 4. Sed et si servus, qui magnas fraudes *in meis rationibus* commiserat, fuerit occisus, de quo quaestionem habere destinaverum, ut *fraudium participes eruerentur*, rectissime Labeo scribit, *tanti aestimandum, quanti mea intererat, fraudes per eum commissas detegi:* non quanti noxa ejus servi valeat. §. 5. Sed et si bonae frugi servus intra annum mutatis moribus occisus sit, pretium id aestimabitur, *quanti valeret prius*, quam mores mutaret. §. 6. In summa *omnia commoda*, quae *intra annum*, quo interfectus est, *pretiosiorem servum* facerent, *haec accedere ad aestimationem* ejus dicendum est."

Nach diesen Gesetzstellen kann es auch gar nicht zweifelhaft seyn, daß nicht bloß das lucrum cessans, sondern auch das id quod interest bey der widerrechtlichen Tödtung eines Sclavens oder einer quadrupes gefordert werden kann.

Die widerrechtliche Tödtung eines Sclavens oder einer quadrupes, wird, wie wir sehen 1) schon selbst mit Hinsicht auf damnum positivum äußerst strenge genommen. Wenn dem getödteten servus pictor der Daumen war weggehauen worden, und er hinterher widerrechtlich getödtet wird, so soll bey Bestimmung des „quanti in eo anno plurimi fuerit" doch auf die Zeit Rücksicht genommen werden, wo er noch den Daumen hatte, vorausgesetzt, daß solche in den annus retrorsum computandus fällt *y*). Es wird nicht vorausgesetzt, daß der, welcher den Sclaven

y) *Dig. c. l. t. et L.*

tödtete ihm auch zuvor den Daumen weggehauen hatte: der dieß that, kann sehr gut ein Anderer gewesen seyn: er kann ihn sogar durch eigene Schuld eingebüßt haben. Aber der Verlust des Daumens ist hier etwas Zufälliges: solche Zufälle können überall nicht in Betracht kommen, wenn es der Frage gilt: quanti servus in eo anno plurimi fuerit. Denn sonst hätte das Gesetz nur auf den Werth zur Zeit der Tödtung Rücksicht nehmen können.

Nahmen es die Gesetze hinsichtlich des positiven Schadens so strenge, so müssen sie es hinsichtlich des privativen und des id quod interest nun eben so strenge nehmen, wenn eine Consequenz behauptet werden soll. Dieß ist auch geschehen. Aber das lucrum cessans ist gleichfalls auf den annum, in welchem die Tödtung geschah, retrorsum computandum beschränkt. Dieß erhellt deutlich aus dem *§. 6.* der *L. 23:* In summa etc. etc. Folglich kann der Beschädigte nicht sagen und nachweisen, er habe für seinen Sclaven so und so viel vor Jahr und Tag erhalten können. Er kann bloß das lucrum liquidiren und fordern, welches den Sclaven intra annum quo occisus est, pretiosiorem gemacht hat. Die gesetzlichen Beyspiele zeigen zum Ueberfluß wie der Satz zu nehmen und zu verstehen sey. Aber was in das Jahr als lucrum cessans fällt, kann auch gefordert werden, möge es sich so hoch belaufen als es wolle, ohne daß deshalb eine richterliche Ermäßigung statt finden darf. Die Erbschaft, welche der Herr des Sclaven durch die Tödtung desselben eingebüßt hat, kann ja hundert und tausendmal so viel betragen, als der Sclave werth ist. Man sieht hier besonders, wie wichtig es sey, lucrum cessans und id quod interest von einander zu unterscheiden.

Ganz

Ganz anders als mit dem lucrum cessans verhält sich die Sache mit dem id quod interest. Daß auch dieß gefordert werden kann, beweist nicht nur *L. 22, §. 1.* in den Worten „Item causae corpori cohaerentes aestimantur etc., sondern es wird auch durch eben diese Stelle bewiesen, daß es bey dem id quod interest gar nicht auf den sonst beschränkten Zeitraum ankommt. Die allgemeinen oben entwickelten Bestimmungen über das id quod interest müssen folglich hier eintreten. Ehedem war auch hier erlaubt, solches aufs Höchste zu liquidiren und zuzuerkennen, jetzt kommt auch die Justinianische Entscheidung dabey in Betracht.

§. 169.

Weiter

2) gehört hieher die widerrechtliche Tödtung eines freyen Menschen — nicht nach der lex Aquilia selbst, wohl aber nach der edictsgemäßen Ausdehnung des Aquilinischen Gesetzes. In der Pandecten-Compilation findet sich eine Vermischung des vorigen Falls mit diesem; vorzugsweise bey den Juristen, die über das Edict commentirten. Daher mag es denn auch wohl kommen, daß dabey der actio legis Aquiliae Erwähnung geschieht, da eigentlich von der actio in factum hätte die Rede seyn sollen. Hauptstellen sind hier *Dig. IX, 2, L. 5, §. 3.* — — „Proponitur autem apud eum species talis: sutor, inquit, puero discenti, ingenuo filiofamilias, parum bene facienti quod demonstraverit, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur: dicit igitur Julianus injuriarum actionem quidem non competere: quia non faciendae injuriae causa percusserit, sed monendi et docendi causâ: an ex locato dubitat: quia levis dum taxat ca-

stigatio concessa est docenti. Sed lege Aquilia posse agi non dubito," und *L. 7, §. 4.* „Si quis in colluctatione vel in pancratio, vel pugiles dum inter se exercentur, alius alium occiderit, si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia: quia gloriae causa et virtutis, non injuriae gratia videtur damnum datum."

Die erste Stelle spricht nur von Verwundung, die zweyte hat wirkliche Tödtung zum Gegenstande.

Da hier nur von Tödtung die Rede ist, so wird die Verwundung freyer Menschen billig bis zur folgenden Nummer verschoben.

Libera corpora sind bekanntlich unschätzbar. Von einem damno positivo kann hier also nicht die Rede seyn, auch nicht von causis quae circa aestimationem corporis versantur. Wohl aber kann es sich fragen um das Interesse, das die Hinterbliebenen des Getödteten haben möchten, wenn die Tödtung nicht geschehen wäre.

Dieß Interesse kann nun gar verschieden seyn: es kann sich handeln um die Alimente, um das, was der Getödtete noch hätte erwerben können u. s. f.

Die Gesetze bestimmen nichts besonderes über die Entschädigung. Da der Fall ganz conform mit der Tödtung des Sclaven abgehandelt wird, so ist auch nichts natürlicher, als daß er mit demselben nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden muß, in so fern die Beurtheilung überall zulässig ist. Das ist sie, in so fern es sich nicht frägt um die aestimatio corporis und den davon abhängigen positiven und privativen Schaden, sondern um ein bloß durch die Tödtung entzogenes lucrum, und um ein Interesse, daß solche nicht geschehen wäre.

Wir wollen setzen, der Getödtete wäre ein Fabricant, und mit seinem Ableben wären zugleich seine Fabrikgeheimnisse zu Grunde gegangen, so daß die Erben das einträgliche Geschäft aufgeben müßten. Oder er hätte sich sonst in ein Geschäft gesteckt, das seine Hinterbliebenen nicht fortzusetzen vermögend sind. Für beide Fälle dürfte das id quod interest eine beträchtliche Summe abwerfen.

Die Alimentation der Hinterbliebenen kommt hier nicht als eine abgesonderte Beschädigung in Betracht, ist vielmehr in dem id quod interest im Allgemeinen begriffen.

3) Die bloße vulneratio (Stechen, Hauen, Schlagen und Stoßen u. s. w. alles zusammen begriffen), welche allerdings auch unter der lex Aquilia steht, wenn sie als widerrechtlich erscheint, muß nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden, je nachdem sie einen freyen Menschen, oder einen servus und eine quadrupes betrifft. — War die zugefügte Wunde ein vulnus mortiferum, so treten, in so fern der Tod wirklich erfolgt ist, alle oben unter 1 und 2 bemerkte Grundsätze ein [z]). Es wird hier also vorausgesetzt, daß die Heilung erfolgt ist.

Bey geschehener widerrechtlichen Verwundung freyer Menschen kann nur von Ersatz der Kurkosten, des entzogenen Verdienstes und dem id quod interest in so fern die Rede seyn, als die Verwundung einen

z) Wenn ein Sclave an der ihm beygebrachten tödtlichen Wunde gestorben ist, so muß die aestimatio nach denselben Grundsätzen geschehen, als wenn er gleich von vorn herein getödtet worden. Von der Distinction in der Note *w* des vorigen Paragraphen kann hier kein Gebrauch gemacht werden.

fortdaurenden nachtheiligen Einfluß auf den Körper hat, und dem Erwerbe in den Weg tritt. Eine andere Schätzung findet hier nicht statt, quoniam (wie das Gesetz sagt) dominus membrorum suorum nemo videtur. Andere Grundsätze finden statt, wenn es sich um die vulneratio eines servus oder einer quadrupes handelt. Sind beide durch die vulneratio ganz unbrauchbar gemacht, oder nur entwerthet worden, so muß im erstern Fall der Schadensersatz de occiso, im letztern der de vulnerato servo etc. eintreten. Den Unterschied macht bloß, daß für den erstern Fall das quanti eo anno plurimi fuit servus etc., für den letztern nur der Betrag der Entwerthung als positiver Schaden gefordert werden kann.

Zwischen der vulneratio eines liberi hominis und eines servi ist auch noch der Unterschied, daß bey dem ersteren aus dem Grunde, quia libera corpora nullam aestimationem recipiunt, bloße Narben und Verunstaltungen nicht in Betracht kommen, wohl aber bey dem letzteren, weil sie ihn entwerthen [a]). Richtig kann jedoch die gesetzliche Bestimmung nur immer von dem positiven Schaden, und dem lucrum cessans verstanden werden. Denn das Interesse muß hier eben so gut als wegen anderer Beschädigungen gefordert werden können, z. B. wenn ein Frauenzimmer so verunstaltet worden ist, daß ihre Verheyrathung dadurch behindert wird.

4) Alle widerrechtliche Beschädigungen der Sachen eines Andern, welche nicht servi und quadrupedes sind, gehören endlich hieher, mögen sie in Tödtung

---

a) *Dig. IX, 3, L. ult.*

oder Vernichtung derselben, oder auch nur in ihrer Verderbung bestehen, mögen sie unter der actio legis Aquil. directa, utilis oder in factum begriffen seyn. Das Edict des Prätors hat hier gar Vieles an der lex Aquilia ergänzt: gewiß ist, daß so wie in den Fällen n. 1 und 3 nur directe Tödtung und Verderbung einen Gegenstand der lex Aquilia abgab, dieß auch hier der Fall war. Nach der Stellung in Justinians Compilation ist die Aquilianische culpa hier ganz dieselbe wie in den vorigen Fällen mag man auf die Art und Weise der Beschädigung oder auf das Rücksicht nehmen, was als Entschädigung zu leisten ist. Den Unterschied macht bloß die praestatio damni positivi, in so fern nämlich hier bloß geleistet wird quanti res in triginta diebus proximis plurimi fuit [b]). Es wird indeß nöthig seyn, noch die einzelnen hieher gehörigen Beschädigungen durchzugehen, indem man sie unter Classen bringt, weil bey der einen oder der andern noch gesetzliche Bestimmungen vorkommen, die wohl erwogen zu werden verdienen.

Erstens kommt hier die Brandstiftung in Betracht, und wenn sie auch nur durch culpa levissima veranlaßt worden ist. Ganz gleichgültig ist es, ob man den Brand selbst veranlaßt hat, oder ob er durch unsere Leute veranlaßt worden, ob sie durch ein rechtmäßig oder widerrechtlich angelegtes Feuer hervorgebracht worden ist, es sey denn, daß bey dem ersteren ein bloßer Zufall das Feuer schädlich machte [c]). Obgleich die Gesetze sich nicht bestimmt darüber erklären, so erhellt doch aus allen ihren Bestimmungen, daß bey einem Brande, wenn auch völlige Straflosigkeit

b) *Dig. c. l. et t. L. 27, §. 5.* und *L. 29.*
c) *Dig. c. l. et t. L. 27, §. 8 seq.*

desjenigen, bey welchem das Feuer ausgekommen ist, wegen mangelnden Beweises seines Vorsatzes oder seiner Fahrlässigkeit eintreten sollte, die Verbindlichkeit zum Schadensersatz nach der lex Aquilia so lange statt findet, als nicht nachgewiesen werden kann, daß das Feuer ohne Nachlässigkeit des Bewohners eines Gebäudes und der Seinigen ausgekommen sey, wenn nämlich (wie hier vorausgesetzt wird) ausgemittelt worden ist, daß das Feuer im Innern des Gebäudes ausgebrochen ist.

Man soll nicht nur für die Leute stehen, welche man in seinen Diensten hat, ohne Unterschied, sie mögen Sclaven oder Freye seyn, sondern auch für die inquilinorum insulae personas [d]). Bekanntlich waren die insulae städtische Reviere, welche einem vornehmen Römer zugehörten, und mit Wohnungen sogenannter kleiner Leute (coenacula), die sich vom Tagelohn, Handwerk etc. nährten, umgeben waren. Das Haus oder der Pallast des Eigenthümers der insula machte dabey die Fronte. Angenommen war, daß jeder Hausherr für den Schaden haften müsse, den die Inquilinen seines Hauses angerichtet hatten: es war also sehr natürlich, daß auch die Verbindlichkeit auf die Inquilinen der Wohnungen der Insula erstreckt wurde.

Aber wie nun, wenn ein Römer mehrere Häuser hatte, die abgesondert von einander lagen, und wovon er vermiethet hatte? Die Gesetze erwähnen des Falles nicht. Es ist mir sehr wahrscheinlich, daß wenn das ganze Haus an eine Familie vermiethet war, keine

---

d) *Dig. c. l. t. et L.* §. 11. Idem servandum et circa inquilinorum insulae personas scribit.

Verpflichtung des Eigenthümers für den von ihr angerichteten Brandschaden zu haften eintrat, wohl aber, wenn nur einzelne Piecen waren vermiethet worden. Denn die Verpflichtung zum Schadensersatz setzt voraus, daß man als wirklicher Mitbewohner, oder doch gleichsam als ein solcher des vermietheten Grundstückes betrachtet werden kann, und daher im Stande ist, die Aufsicht über die Inquilinen zu führen.

Diese Ansicht giebt auch den Maaßstab zur Beurtheilung der Frage ab, in wie fern der Eigenthümer eines Landguts für den Brandschaden zu haften schuldig sey, der von Leuten, die in den sogenannten kleinen Gutswohnungen (Kothen) sich befinden, angerichtet worden. Hat man diese Wohnungen als coenacula insulae zu betrachten oder nicht?

Die Beantwortung der Frage hat ihre eigenthümlichen Schwierigkeiten. Ob die Gutswohnungen von Arbeitsleuten besessen werden oder von andern, muß hier gleichgültig bleiben, denn es wurde auch bey den coenaculis insulae nicht distinguirt, ob Sclaven oder andere sie bewohnten. Der eigentliche Gesichtspunct bleibt, ob der Gutsherr nach den Grundsätzen des Eigenthümers einer insulae beurtheilt werden kann? Ich glaube doch, denn die Gutswohnungen machen mit dem Gute selbst ein Ganzes aus: die Möglichkeit sowohl als die Verbindlichkeit zur Aufsicht ist daher dieselbe, wie bey dem Eigenthümer der insula.

Eine zweyte Berücksichtigung verdient hier die Zerstörung oder Beschädigung des Baues eines Andern. Sie wird nicht für widerrechtlich gehalten, wenn sie geschehen ist, um eine Feuersbrunst abzuhalten oder zu unterbrechen, wenn sie gleich aus bloßer

Furcht und ohne Noth geschah e). Man könnte schließen, daß alle Zerstörungen, welche bey Gelegenheit einer Feuersbrunst oder anderen Gefahr geschahen, um solche aufzuhalten, nicht als Aquilianische Culpa in Betrachtung kommen, und überall nicht zum Schadensersatz berechtigen, in so fern sie nur nicht als offenbar muthwillige erscheinen f).

Außerdem darf man aber den Bau eines Andern nicht zerstören, wenn er auch ein offenbar widerrechtlicher ist, sobald er nur auf dessen Grund und Boden steht, und die novi operis nunciatio nicht zur Zerstörung berechtigt g). Deutlich ist das in den Gesetzen entschieden. Jede muthwillige oder culpose Beschädigung des fremden Baues, oder gar dessen Zerstörung ist als damnum injuria datum, und als Aquilianische Culpa zu betrachten.

Drittens kommt hier in Betracht die Beschädigung der Grundstücke durch Ausreißen oder Abreißen der Früchte, Abfressen der Saat durch Thiere u. s. f. In Ansehung der letztern Beschädigung bleibt für die Aquilianische Culpa nur übrig das widerrechtliche Aushüten der fremden Saat. Denn lief das Vieh von

---

e) *Dig. c. l. et tit. L.* 49.

f) Daraus ergiebt sich denn auch, daß wenn bey einer Feuersgefahr von Leuten, die zur Rettung herbeyeilten, Sachen beschädigt oder verdorben worden sind, keine Aquilianische Culpa begangen wird, und wenn sie auch noch so sorglos sich dabey benommen haben sollten, selbst auch dann nicht, wenn gerettet worden, wo gar nicht gerettet werden sollen. Die Angst und Bestürzung entschuldigt hier alles. Und wenn auch jemand um zu retten, die verkehrtesten Maaßregeln ergriffen, z. B. eine Sache, die nothwendig zerbrechen mußte, zum Fenster herausgeworfen haben sollte.

g) *Dig. l. et tit. c. L.* 29. §. 1.

selbst hinein und weidete es ab, so findet actio de pastu statt, in so fern keine culpa des Aufsehers, für die der Eigenthümer auch zu stehen hat, concurrirt, und richtete es andern Schaden an, so gehört derselbe in die Kategorie des „si quadrupes etc." Die Beschädigung der Bäume und ihrer Früchte gehört allerdings auch hieher, nur das Stehlen von beiden steht sehr natürlich in einer andern Kategorie [h]).

Eine vierte Berücksichtigung verdient die widerrechtliche Beschädigung aller übrigen Sachen eines Andern, seyen sie leblose oder lebendige. In der letzteren Hinsicht gehört auch die Beschädigung gezähmter wilder Thiere, z. B. der gezähmten Löwen, Bären u. s. w. hieher [i]). Die widerrechtliche Beschädigung des in einem Gehege eingeschlossenen Wildes muß gleichfalls als Aquilianische Culpa betrachtet werden. Nur ist es auch hier wieder Bedingung, daß die Sachen bloß beschädigt, nicht eigentlich entwendet oder zum Nutzen verbraucht wurden, denn Entwendungen und Verbrauchungen stehen nicht unter der Aquilianischen Culpa, wohl aber die bey solchen Entwendungen vorgefallenen Beschädigungen [k]).

Es ist bey dieser Beschädigung, so wie durchgängig bey der Aquilianischen Culpa gleichgültig, ob das damnum unmittelbar oder mittelbar zugefügt wurde, sobald nur die Widerrechtlichkeit unbezweifelt ist. Wer

---

h) *Dig. XLVII*, 7, *L.* 1.

i) *Dig. l. et t. c. L.* 29. §. 6.

k) Merkwürdig ist hier *Dig. l. et tit. c. L.* 30. §. 2. Si quis alienum vinum vel frumentum consumserit, non videtur damnum injuria dare, ideoque utilis danda est actio. Die actio utilis, deren hier gedacht wird, ist offenbar nicht die actio legis Aquiliae utilis, sondern eine ganz andere.

Schlingen an einem Orte legt, wo er solche nicht zu legen berechtigt ist, haftet für den Schaden, wenn das Vieh des Andern sich in diesen Schlingen fängt [l]), u. s. f. Die culpa Aquiliana cessirt nur in dem einzigen Fall, wenn man ohne sein Verschulden mit fremden Sachen so in Collision geräth, daß man sie um sich oder das Seinige zu erhalten durchaus beschädigen oder zerstören muß [m]).

§. 170.

Nach den bisher entwickelten Lehrsätzen lassen sich nun die Aquilianische Culpa, und die darauf sich gründenden Klagen sehr gut von der Nichtaquilianischen und den damit verbundenen Actionen unterscheiden. Aber einen bedeutenden Uebelstand in dieser Lehre macht es, daß von einigen Römischen Juristen auch die actio legis Aquiliae für Fälle angenommen worden ist, wo eigentlich keine Aquilianische Culpa vorhanden ist, sondern die Widerrechtlichkeit bloß darin liegt, daß man debitam diligentiam nicht beobachtet hat. Es ist oben bemerkt worden, daß die lex Aquilia mit dem damnum in contractu datum nichts zu schaffen habe: es liegt dieß auch gewissermaaßen schon in der Natur der Sache, weil es bey Contracten allein darauf ankommt, daß jemand den Schaden durch Vernachlässigung der ihm von den Gesetzen auferlegten diligentia verursacht habe, die lex Aquilia sich aber darum nicht kümmert. Eine Ausdehnung derselben auf andere ursprünglich nicht zur Aquilianischen Culpa gehörigen Fälle, würde sich folglich nur da annehmen lassen, wo es

---

l) *Dig. l. et t. c. L. 29. §. 1.* Eben das ist der Fall, wenn Gruben gegraben worden, um wilde Thiere zu fangen, in welche das Vieh eines Andern hineinstürzt. *L. 28 pr.*

m) *Dig. l. et t. c. L. 29. §. 2. seq.*

sich bloß um einen durch solche Widerrechtlichkeit verursachten Schaden handelt, bey welchem es bloß auf die Widerrechtlichkeit, nicht darauf ankommt, ob solcher dolus oder culpa, und im letzteren Fall, welcher Grad der culpa ihr zum Grunde liegt. Diese Ansicht scheint auch in der früheren Zeit allein obgewaltet zu haben, wenn man die Aquilische Klage concurrirend mit andern eigenen auf Entschädigung gerichteten Klagen ertheilte. Denn man findet die Ertheilung nur immer da, wo die culpa im Wesentlichen der Aquilianischen völlig gleich kam.

Wenn also das damnum in contractu datum schon seiner Natur nach von dem Umfang der Aquilianischen Culpa ausgeschlossen ist, so konnte es auch keinem einfallen, die actio Aquiliana zur Verfolgung desselben zu gestatten. Gleichwohl finden sich Stellen in Justinians Pandecten-Compilation wo dieß geschehen ist. Die Hauptstelle ist *Dig. IX, 2, L. 27, §. 34.* „Si (heißt es) quis servum conductum habens ad mulum regendum, commendaverit ei mulum: ille ad pollicem suum cum alligaverit de loco, et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo, et se praecipitaret: Mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conductu agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum: sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum ejus, id est muli et servi, cum eo qui turbavit habiturum legis Aquiliae actionem. Mihi autem videtur, et eo casu quo ex locato actio est, competere etiam Aquiliae. §. 35. Item si Vectori n)

n) Die Florentina liest „Tectori" welches gar keinen vernünftigen Sinn giebt. Mehrere ältere Editionen und auch Haloander haben vietori. Der Vietor soll hier einer seyn, der sich mit dem Transport von Waaren und Sachen beschäftiget. Allein es ist klar, daß vector gelesen werden muß, und daß in der Florentina aus dem V ein T gemacht worden ist.

locaveris lacum [a]) vino plenum curandum, et ille eum pertudit, ut vinum sit effusum, Labeo scribit, in factum agendum."

Das Fragment ist aus Ulpian ad Edictum. Deutlich erhellt aus der Censur von Mela, daß hier eine von der gemeinen abweichende und singuläre Meinung vertheidigt wird, die immer eine singuläre bleibt, wenn auch noch der eine oder der andere Jurist außer Ulpian sie gehabt haben sollte. Durch die Aufnahme der Ulpianischen Meinung in die Pandecten-Compilation ist sie aber für uns nun einmal Gesetz geworden. Es frägt sich also, wie geht darnach die Sache aus einander.

Gesteht man wegen des damni in contractu dati auch die Aquilische Klage zu, so scheint es nothwendig zu seyn, sie auch in allen ihren Folgen und Wirkungen zuzugestehen und ihr selbst ihre Basis, die Aquilianische Culpa, nicht zu entziehen. Dann würde aber derjenige, der damnum in contractu zugefügt hätte, viel schlimmer daran seyn, als wenn er bloß mit der Contractsklage besprochen werden können: denn nun würde es nicht mehr auf die Frage ankommen, ob durch Vernachlässigung der ihm zur Pflicht gemachten diligentia der Schade zugefügt worden, sondern bloß darauf, daß im Allgemeinen contra jus gehandelt worden. Oder sollte die actio legis Aquiliae nur mit den Wirkungen der Contractsklage statt finden, so würde wirklich die Ausdehnung etwas lächerliches seyn.

In dem Falle, dessen §. 35. erwähnt, könnte man die Ausdehnung der actio legis Aquiliae noch damit entschul-

---

a) Die Florentine hat „laccum," welches offenbar falsch ist. Aeltere gute Ausgaben lesen ganz richtig lacum. Lacus ist kein Gefäß, sondern eine Art von Schlauch, dessen man sich zum Transport flüssiger Sachen bediente.

digen, daß der Schade, welcher zugefügt worden war, nicht aus einer Vernachlässigung der contractsmäßigen obligatio herrühre, sondern von einer muthwilligen pertusio lacus die Rede sey. Aber für den Fall, dessen §. 34. erwähnt, läßt sich auch eine solche Auskunft nicht finden. Denn es wird der Grund des zugefügten Schadens theils ausdrücklich, theils stillschweigend in der Verletzung der contractsmäßigen obligatio gesetzt. Für die culpa Aquiliana fehlte es hier durchaus an den nöthigen Erfordernissen.

Daß Ulpian eine falsche Ansicht von der Sache hatte, ist hier so klar, daß alle zu seiner Vertheidigung erdachte oder noch zu erdenkende Gründe nichts vermögen. Annehmen zu wollen, er habe die Sache besser wissen müssen, als wir sie jetzt wissen, würde doch auch gar zu absurd seyn. Man kommt auch nicht durch irgend einen von der Bestimmung des damni in contractu dati genommenen Umweg aus der Sache; denn das damnum in contractu datum ist in seinem Begriff, als Schade, der aus dem Zuwiderhandeln der pactsmäßigen obligatio entspringt, geschlossen, werde die obligatio nun begründet, durch welches Pact sie wolle. Und mag man die actio legis Aquiliae auch ausdehnen, auf welche damna man auch wolle, auf das damnum in contractu datum findet doch keine vernünftige Ausdehnung derselben statt, weil es eine andere Basis hat als das damnum, welches Vorwurf der lex Aquilia ist p).

p) Die Concurrenz der actio legis Aquiliae mit Klagen, welche aus einem andern Privatverbrechen sowohl (bekanntlich ist das damnum injuria datum ja selbst ein Privatverbrechen) als aus öffentlichen Verbrechen entspringen, macht sich sehr natürlich viel leichter als mit Klagen, die aus Nicht-Verbrechen originiren, weil dort durchweg dieselbe Basis wie bey der actio legis Aquiliae ist. Alles kommt auf die Basis der Entschädigung hier an.

Könnten wir die Pandecten-Compilation als bloßes Meinungen-Repertorium ohne Bestätigung von oben herab behandeln, so ließe sich bald aus der Sache kommen. Jetzt ist nur in so fern herauszukommen, als man die actio legis Aquiliae zwar bey damnum in contractu datum zuläßt, aber mit der Beschränkung, wenn der Schade nicht gerade aus der Vernachlässigung der gesetzlichen diligentia entstanden ist, sondern allein im Vorsatze, oder der dem Vorsatze in civilibus ganz gleich geltenden höchsten Fahrlässigkeit seinen Grund hat, so daß es hinsichtlich der Leistung im Allgemeinen völlig gleich ist, welche Klage hier angestellt wird, die Kontractsklage, oder die actio ex lege Aquilia. Die Berechnung des Schadens macht sich, wie wir unten sehen werden, für den angenommenen Fall auch gar nicht verschieden.

Was nun die actio legis Aquiliae selbst betrifft, so ist aus dem oben S. 303 und 304 abgedruckten Institutionentext ersichtlich, wann actio directa, utilis und in factum statt findet, und ist hier nur noch zu bemerken, daß die actio in factum, in so fern sie als Ergänzungsklage der actio legis Aquil. directa und utilis erscheint, auch allemal eine culpa im Geiste des Aquilianischen Gesetzes voraussetzt, weil auch bey Andern nicht durch culpa Aquiliana veranlaßten Beschädigungen actio in factum aber natürlich nach einem andern Maaßstabe statt findet.

Die Frage, welche hier noch näher untersucht werden muß, ist: Stehen die aus der lex Aquilia entspringenden Klagen bloß dem Eigenthümer der beschädigten Sachen zu, oder hat sie auch schon derjenige, welcher bloß Besitzer davon ist, mag er es ex causa oder sine causa, und im ersteren Falle ex causa reali oder personali seyn?

Dig. IX, 2, L. 30. §. 1. heißt es „Pignori datus servus, si occisus sit, debitori actio competit. Sed et an cre-

ditori danda sit utilis, quia potest interesse ejus, quod debitor solvendo non sit, aut quod litem tempore amisit, quaeritur? Sed hic iniquum est, et domino et creditori eum teneri: nisi si quis putaverit, nullam in ea re debitorem injuriam passurum, cum prosit ei ad debiti quantitatem: et quod amplius consecuturus sit ab eo, vel ab initio in id quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: et ideo in his casibus, in quibus creditori danda est actio propter inopiam creditoris, vel quod litem amisit, creditor quidem usque ad modum debiti habebit Aquiliae actionem, ut prosit hoc debitori: ipsi autem debitori in id quod debitum excedit competit Aquiliae actio.

Die Stelle, in Verbindung mit *L. 20.*, ist als die Hauptstelle zu betrachten, aus welcher hervorgeht, daß nur eigentlich das Eigenthum, nicht die possessio der beschädigten Sache zur Aquilischen Klage berechtigt. Indeß wird doch ex possessione cum causa reali die actio leg. Aquil. utilis auch hier dem Pfandinhaber verstattet, jedoch nur für den Fall, wo er ohne sie gefährdet werden würde, entweder weil der Eigenthümer insolvent ist, oder die Aquilische Klage (wozu er nicht gezwungen werden kann) nicht anstellen will. Lediglich also zur Hülfe soll dem Pfandgläubiger die Aquilische Klage zugewendet werden können.

Dagegen wird nun dem usufructuarius servi nach *Dig. l. et t. c. L. 12.* eine actio ad exemplum legis Aquiliae ertheilt, wenn der Eigenthümer den Sclaven getödtet hat, und zwar pro portione ususfructus, jedoch so ut etiam ea pars anni in aestimationem veniat, qua nondum ususfructus meus est.

In der *L. 11. §. 10.* heißt es im Allgemeinen: An fructuarius vel usuarius legis Aquiliae actionem haberet, Julianus tractat: et ego puto melius, utile judicium ex hac causa dandum. Darnach soll also zwar der usufructuarius

und usuarius nicht actionem legis Aquiliae directam, wohl aber utilem haben.

Sogar dem possessor bonae fidei wird die actio legis Aquiliae (ob directa, utilis oder in factum, gilt hier gleich viel, denn die Wirkungen sind dieselben) zugesprochen. Dagegen wird sie dem bloß persönlich Berechtigten ganz abgesprochen. *L. 11. §. 6 seq.* heißt es §. 6. Legis autem Aquiliae actio hero competit, id est, domino. §. 7. Si in eo homine quem tibi redhibiturus essem damnum injuria datum esset, Julianus ait, legis Aquiliae actionem mihi competere meque cum coepero redhibere, tibi restiturum. §. 8. Sed et si servus bona fide alicui serviat, an ei competit Aquiliae actio? et magis in factum actio erit danda. §. 9. Eum cui vestimenta commodata sunt non posse, si scissa sunt, lege Aquilia agere, Julianus ait, sed domino eam competere. Bey der redhibitio blieb ja bis zur Zurückerstattung der Sache der zur redhibitio verpflichtete Eigenthümer: die Sache hatte also eigentlich gar keine Schwierigkeit.

Sollen wir aus diesen Stellen, die sich leicht noch durch andere, in welchem sich aber durchweg derselbe Geist ausspricht, vermehren lassen, die Theorie construiren, so würden wir sagen. Eigentlich ist nur der Eigenthümer aus dem Aquilischen Gesetz zu klagen befugt, es ist aber ganz gleichgültig, ob er wirklicher Eigenthümer ist, oder nur cum conditione usucapiendi besitzt. Aber auch der sich nur ein Eigenthum Anmaaßende ist ex lege Aquilia zu klagen berechtigt, denn der Beschädiger ist nicht der Mann, der ihm seine Anmaaßung streitig machen darf, er behaupte denn selbst das Eigenthum zu haben. In so fern qualificirt also auch der Besitz mit der Anmaaßung des Eigenthums allein zur Anstellung der actio legis Aquiliae. Wer bloß Realrechte an der beschädigten Sache behauptet und behaupten kann, ist zur Anstellung der Aquilianischen Klage unbedingt berechtigt, wenn die Beschädigung

von

von dem Eigenthümer selbst herrührt: bedingt nur, wenn ein Anderer der Beschädiger ist, und er sich nicht anders als durch die Aquilianische Klage sichern kann. Der bloß persönlich Berechtigte dagegen ist nie zur Anstellung der Aquilianischen Klage befugt. Ob mit dem Recht in allen diesen Fällen der Besitz concurrirt oder nicht, ist gleichgültig, denn es ist ja nirgends von Entziehung der possessio, sondern bloß von Beschädigung der Sachen die Rede, welche man etwa besitzt.

Man sieht hieraus, daß der Satz durchaus falsch ist, es stehe die actio legis Aquiliae jedem zu, der schon ein Interesse hat, damnum factum non esse. Aber es ist auch wieder klar, daß bey solchen Realrechten an fremden Sachen, wobey der Eigenthümer auf die nuda proprietas beschränkt ist, z. B. bey der superficies, emphyteusis u. s. f. dem Berechtigten die actio legis Aquiliae unter allen und jeden Bedingungen gestattet seyn müsse, unter welchen sie dem Eigenthümer nur zustand.

Eben so ist daraus ersichtlich, daß ein bloßer Besitzer, d. h. ein possessor sine omni causa, und der allein seinen Besitz vorschützt, nie zur Aquilianischen Klage zugelassen werden darf.

XXVII.

Nicht-Aquilianische Culpa, zweyfache Art derselben §. 171. — 1) Nicht-Aquilianische Culpa, welche auch in directer Widerrechtlichkeit besteht §. 172 u. 173. — 2) Nicht-Aquilianische Culpa, welche in der Verabsäumung der debita diligentia bey einer obligatio besteht §. 174 folg.

§. 171.

Alle denkbare Widerrechtlichkeiten, welche nicht Gegenstand des Aquilischen Gesetzes — auch nicht in seiner späteren Ausdehnung sind — gleichwohl aber eben so gut als jene, welche ihr Vorwurf sind, zur Entschädigung berechtigen, gehören zur Nicht-Aquilianischen culpa. Es giebt eine zwiefache Gattung dieser Nicht-Aquilianischen Culpa. Die erstere besteht eben so gut als die Aquilianische in directen Widerrechtlichkeiten. Die zweyte begreift die Vernachlässigungen der debita diligentia, bey einer obligatio in sich. Bey der ersteren Gattung der Nicht-Aquilianischen Culpa kann sehr natürlich wieder nichts darauf ankommen, ob der Schade aus Vorsatz oder Nachlässigkeit angerichtet worden ist, denn es handelt sich wie bey der Aquilianischen Culpa auch nur bloß um die Widerrechtlichkeit: und um diese allein. Ueberall ist es auch bey der culpa non Aquiliana ganz gleichgültig, ob die actio legis Aquiliae mit auf sie ausgedehnt worden ist, oder nicht.

§. 172.

Erste Gattung der Nicht-Aquilianischen Culpa, welche in directer Widerrechtlichkeit besteht. Hieher gehören

1) Widerrechtliche Verletzung und Beeinträchtigung bloßer Rechte [a]). Die hier stattfindende

a) Welche Rechte verletzt worden, ist im Ganzen gleichgültig: nur ist zu merken, daß aus der Verletzung allemal ein wirklicher

Klage ist die prätorische actio in factum und in Absicht des als Schadensersatz zu prästirenden Quantums ist der Antrag völlig offen.

2) Beschädigung durch Verläumdung, üble Nachrede, überall durch Verbreitung von Dingen die einen nachtheiligen Einfluß auf das Glück einer Person haben[b]). Die gedachte prätorische actio in factum ist auch hier mit offenem Antrage für das als Schadensersatz zu prästirende Quantum. Meist ist hier wie im vorigen Falle nur das id quod interest alleiniges Object der actio.

3) Die corruptio servi servaeque. Mit dem Ausdruck „corruptio" ist hier ein sehr ausgedehnter Begriff verbunden. *Dig. XI, 3, L. 1 pr.* heißt es „Ait Praetor: qui servum servamve alienum alienamve *recepisse*, *persuasisseve* quid ei dicetur *dolo malo*, quo eum eamve *deteriorem* faceret, in eum, quanti ea res erit, in *duplum* judicium dabo. Zwey Gegenstände hat also die corruptio servi servaeve. 1) Die receptio, welche *Dig. c. l. t. et L. §. 2.* so dargestellt wird: si susceperit servum alienum ad se: et est proprie recipere, refugium abscondendi servo praestare, vel in suo agro, vel in alieno loco aedificiove." Wer also einen Sclaven ohne Erlaubniß seines Herrn bey sich förmlich aufnimmt, oder auch nur birgt, begeht corruptionem servi durch die receptio. Denn er bestärkt

---

Schade entsprungen seyn müsse, und auch in Ansatz gebracht werden könne. Denn nicht jede Rechtsverletzung hat einen Schaden zur Folge.

b) Es ist hier von Diffamationen die Rede, die sich nicht als eigentliche Injurien betrachten lassen; hinsichtlich des Vermögens aber viel nachtheiliger seyn können, als wirkliche Injurien, welche oft genug auf das Vermögen gar keinen Einfluß haben.

ihn dadurch in der unerlaubten Handlung der Entfernung ohne Erlaubniß. — War der Sclave eigentlich entflohen, so ändert dieß die Ansicht gar sehr, denn wer servos fugitivos aufnimmt oder nur birgt, ist ein Dieb [c]). — 2) Die persuasio qua deterior redditur servus servave. — Ulpian bemerkt hier *Dig. c. l. t. et L. §. 3.* „Qui igitur servum sollicitat ad aliquid vel faciendum vel cogitandum improbe, videtur hoc edicto notari. Es ist gleichgültig, ob ein guter Sclave dadurch schlecht geworden ist, oder ein schon schlechter noch schlechter, und eben so gleichgültig, ob zu wirklichen Verbrechen oder nur zur Verschwendung und Liederlichkeit überredet wurde [d]); daher auch die Verleitung einer serva zur Unkeuschheit in die Kategorie der servi servaeve corruptio gehört [e]). Nach *Dig. c. l. et t. L. 3.* ist dolus malus sowohl bey der

---

c) Davon ist *Dig. IX*, 4. die Rede. Wenn es übrigens von demjenigen, der einem servus fugitivus Vorschub geleistet hat, heißt „furti tenetur" so versteht es sich auch von selbst, daß die actio legis Aquiliae hier concurrirt. Denn wenn die actio in factum aus der lex Aquilia für den Fall statt findet, wo jemand aus Erbarmen einen angebundenen Sclaven von seinen Banden frey gemacht hat, und dieser nun entläuft, so muß sie um so eher statt finden, wenn man einem flüchtigen Sclaven zu seiner Entweichung behülflich gewesen ist.

d) *Dig. c. l. et tit. L.* 1, §. 5. Die Hauptsache macht hier die persuasio. Jede andere Verführung ist hier ausgeschlossen. Der Umstand ist sehr wichtig. Man kann dadurch, daß man jemand in schlechte Gesellschaft mitnimmt oder ihn schlechte Dinge sehen läßt, oft mehr und eher verführen als durch persuasio: allein diese Art der Verführung soll gar nicht in Betracht kommen, weil man da recht eigentlich sagen kann, einer habe sich selbst verführt. Uebrigens ist das „persuadere" hier nicht so streng zu nehmen: auch schon das consilium ist darin begriffen, auch kann man allerdings factisch so gut als mündlich überreden

e) *Dig. c. l. et tit. L.* 2.

receptio als bey der persuasio ein unerläßliches Erforderniß, wenn corruptio angenommen werden soll. Eben so unerläßlich scheint die dadurch wirklich erfolgte deterioratio zu seyn. Das letztere heißt weiter nichts, als der servus muß durch die Aufnahme bestimmt worden seyn, nicht zu seinem Herrn zurückzukehren, zu welchem er sonst zurückgekehrt seyn würde, oder durch die persuasio die unerlaubte oder schlechte Handlung zu begehen, welche er sonst nicht begangen haben würde.

Ein dolus malus soll hier nur angenommen werden können, wenn die receptio oder persuasio in der Absicht geschehen ist, den servus oder die serva an der Seele zu corrumpiren. Es gehört also nicht hieher (sondern etwa zur lex Aquilia), wenn man mehr aus Neckerey als aus bösem Willen zu etwas rieth, oder gar einen Rath gab, der nicht corruptionem animae, sondern nur corporis zur Folge hatte f); oder einen flüchtigen Sclaven bloß aus Barmherzigkeit aufnahm g).

Mit einer eigenen Klage der actio de servo corrupto, kann für den Fall der erwiesenen Corruption des Sclaven das duplum von dem als Schadensersatz gefordert werden, was durch die Corruption der Sclave weniger werth geworden ist h). Die Klage stimmt in

f) *Dig. c. l. et t. L.* 3. §. 1.
g) *Dig. c. l. et t. L.* 5. *pr.*
h) *Dig. c. l. et t. L.* 9. §. 2. Datur autem actio quanti ea res erit, ejus dupli. Zugleich wird §. 3. bestimmt, wie das duplum zu nehmen: Sed quaestionis est, aestimatio utrum ejus dumtaxat fieri debeat, quod servus in corpore vel in animo damni senserit, hoc est, quanto vilior servus sit, an vero et caeterorum? Et Neratius ait tanti condemnandum corruptorem, quanti servus ob id quod subreptus sit, minoris sit. — Dem Manne steht jedoch gegen die Frau, wenn diese corrumpirt hat, nur die actio in sim-

Absicht der Zuständigkeit ganz mit der actio legis Aquiliae zusammen [i]), wenn sie sich gleich in Ansehung der Entschädigung selbst u. s. w. sehr davon unterscheidet, was hier als bekannt vorausgesetzt werden kann.

Ein kritischer Punct ist die Anwendung der Lehre auf freye Menschen. So z. B. sagt Westenberg [k]) de filio etiam filiave familias corruptis huic edicto proprie locus non est, quia servi corrupti constituta actio est, qui in patrimonio nostro esset, et pauperiorem se factum esse dominus probare potest, dignitate et fama domus integra manente: sed utilis tamen competit officio judicis aestimanda, quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi. Er gründet sich auf *Dig. c. l. et tit. L. 5. §. 1.* und *L. 14. §. 1.* In der letztern Stelle stehen die nämlichen Worte, und in der erstern wird die corruptio hominis liberi noch strenger zugerechnet als die eines servi.

Daß die Anwendung der Lehre de servo corrupto auf die filios filiasve familias vorzugsweise in den ältern eigenthumsartigen Rechten der Eltern über die Kinder ihren Grund habe, ist wohl nicht zu läugnen: die Anwendung muß auch noch als passend betrachtet werden, da Justinian sie passend gefunden hat, zu dessen Zeit sich doch der Grund der Ausdehnung schon ganz verlo-

---

plum zu. *Dig. c. l. et t. L. ult.* — Zu bemerken ist übrigens, daß wenn der Sclave, welcher sich von seinem Herrn entfernt hatte, Sachen mit sich fortgenommen hat, diese ebenfalls bey der dupli praestatio mit in Anschlag gebracht werden. *Dig. c. l. et t. L. 23.*

i) So z. B. steht nach *Dig. c. l. et tit. L. 9. §. 1.* dem fructuarius servi diese Klage eben so gut als dem Eigenthümer wegen habenden Interesse zu.

k) *Pr. jur. sec. Ord. Dig. t. de servo corr. §. 17.*

ren hatte. — Aber nun entsteht die Schwierigkeit um die noch größere Ausdehnung der Lehre, und das Quantum der zu leistenden Entschädigung.

Nach der *L. 14. §. 1.* findet zwar die Ausdehnung nur auf filios filiasve familias statt: aber die *L. 5. §. 1.* erklärt generell die corruptio hominis liberi noch für schädlicher als die eines servi. Die Gründe, welche eine Beschränkung der Ausdehnung auf filios filiasve familias annehmen ließen, fallen auch weg. Folglich scheint der noch weiteren Ausdehnung nichts entgegen zu stehen. Wir würden annehmen können, alle die ein Interesse hatten, corruptionem factam non esse, seyen auch zur Klage auf Entschädigung befugt, z. B. der Ehemann wegen der geschehenen corruptio seiner Frau und umgekehrt, der Handwerksmann wegen der Corruption seiner Gesellen und Lehrbursche u. s. w. Ja, man möchte selbst ein Klagerecht des Gutsherrn wegen Corruption seiner Gutsunterthanen, und hier noch am meisten analogisch, der Obrigkeit wegen Corruption der Bürger und Insassen anzunehmen berechtigt seyn.

An den deutlichen Ausspruch der *L. 14. §. 1.* würden wir uns doch nur halten dürfen, denn die *L. 5. §. 1.* ist nur Gemeinplatz. Bey der actio utilis de servo corrupto kommt es jetzt nicht mehr darauf an, daß das Verhältniß zwischen dem Kläger und dem corruptus durch eigenthumsartige Rechte begründet wird. Eben so wenig wird zur Begründung derselben eine Verwandschaft zwischen dem Kläger und dem corruptus erfordert, denn das Gesetz spricht dem Vater, wenn die Kinder corrumpirt worden sind, nicht die actio utilis unbedingt, sondern nur bedingt zu, nämlich wenn sie noch in seiner Gewalt stehen. Daraus möchte man

schließen, nur die patria oder eine dieser ganz ähnliche potestas berechtige zu der actio utilis de servo corrupto.

So dürfte sich auch die Sache in der Wirklichkeit verhalten. Ich wenigstens würde die Klage nur dem Vater, dem Vormunde, dem Ehemanne, und der Gutsherrschaft bey geschehener Corruption der noch unter der patria potestas, unter der potestas maritalis, der Tutel und der gutsherrlichen Gewalt stehenden Personen gestatten. Bey der Leibeigenschaft würde die Sache so gar kein Bedenken haben. Ohne diese Modificationen düfte man sonst für die Ausdehnung keine Grenzen finden.

Das Entschädigungs-Quantum ist zwar bey der actio utilis dem richterlichen Ermessen ausdrücklich überlassen worden, aber der Richter muß doch eine Basis haben. Der Werth des filiifamilias etc. kann es doch nicht seyn, denn libera corpora sind bekanntlich unschätzbar. Daß das Interesse das Quantum bestimmen soll, scheint dadurch erkennen gegeben worden zu seyn, daß es heißt „quoniam interest nostra animum liberorum non corrumpi? Aber wie will man dieß Interesse zu Geld anschlagen. Wo die Sache mit dem servus so leicht ist, ist sie hier so schwierig. Man mag beobachten, wie man will, eine eigentliche Basis giebt es doch hier nicht, und muß daher alles der reinen richterlichen Willkühr anheim gestellt bleiben.

4) Die Verletzung, welche von der Obrigkeit zugefügt worden ist. Nicht bloß die mit jurisdictio versehene Obrigkeit, sondern auch andere Obrigkeiten können solche Verletzungen zufügen. Gegen die Verwal-

tungsbehörden, wenn diese widerrechtlich beschädigen, findet die actio legis Aquiliae statt, in so fern überall das zugefügte damnum in die Kategorie der Aquilianischen Culpa gehört [l]), sonst actio in factum praescriptis verbis: eben diese Grundsätze kann man hinsichtlich der von dem Richter widerrechtlich zugefügten Beschädigungen annehmen; nur ist hier allein von solchen Beschädigungen die Rede, welche durch Uebertretung der Amtspflichten geschehen, z. B. eine Obrigkeit läßt etwas beytreiben, was sie nicht beyzutreiben befugt ist, oder auspfänden, wo sie es nicht darf, oder der Richter ertheilt eine widerrechtliche Immission, oder verletzt jemand im Prozeß oder durch einen Urtheilsspruch u. s. f. In allen diesen Fällen der widerrechtlichen Beschädigung finden besondere Klagen statt. Die obligatio zur Entschädigung sowohl als das zu leistende Entschädigungs-Quantum werden auch nicht nach gleichen Grundsätzen beurtheilt. Den Mißgriffen der Obrigkeit sollte freylich am wenigsten nachgesehen werden, leider werden sie aber auch nur mehr denn zu viel von den Gesetzen begünstiget. Wo nicht die actio legis Aquiliae oder die actio in factum praescriptis verbis wegen gemeiner Beschädigungen zur Anwendung gebracht werden kann, muß sich meist der Beschädigte mit dem Ersatz des positiven Schadens abfinden lassen.

5) Durch Collusionen, Prävaricationen, Fälschungen, Betrügereyen, Besitzentziehungen und andere solche unerlaubte Handlungen zugefügte Beschädigungen gehören in der Kategorie der bloßen Rechtsverletzungen

---

l) So dürfte *Dig. IX, 2. L. 29. §. 7.* zu verstehen seyn.

n. 1., und werden mit der actio in factum praescriptis verbis verfolgt, in so fern zu ihrer Verfolgung noch nicht eine besondere Klage ertheilt worden ist. Nach eben diesen Grundsätzen müssen die durch wirkliche Verbrechen zugefügten Rechtsverletzungen beurtheilt werden.

Zu bemerken ist, daß bey allen diesen Beschädigungen die actio legis Aquiliae so oft concurrirt, als noch eine Aquilianische Culpa zu der Nicht-Aquilianischen hinzugekommen ist, z. B. bey der Entwendung oder der Besitzentziehung ist zugleich der Sache selbst ein Schade zugefügt worden, oder als die Aquilianische Culpa zugleich in der Nicht-Aquilianischen enthalten ist m). Sie indeß sowohl, als die allgemeine Klage auf Schadensersatz werden so oft absorbirt, als die Gesetze für eine bestimmte widerrechtliche Beschädigung nicht bloß eine Klage eingeführt, sondern zugleich das, was als Schadensersatz zu prästiren dabey genau bestimmt haben, es sey denn, daß die Wahl ausdrücklich gestattet worden. Die generelle Klage auf Schadensersatz begreift übrigens nicht bloß das damnum positivum und privativum, sondern auch das id quod interest in sich, und stimmt also in so fern ganz mit der actio legis Aquiliae zusammen. Den Unterschied macht bloß der Zeitmesser bey der actio legis Aquiliae.

§. 173.

In die Kategorie der Nicht-Aquilianischen Culpa, welche in directer Widerrechtlichkeit besteht, gehört auch un-

m) Sehr wichtig ist in dieser Hinsicht *Dig. IX, 2, L. 42.* „Qui tabulas testamenti depositas vel alicujus rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. Legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit. Corrupisse enim tabulas recte dicitur, et qui eas *interverterit.*

streitig, wenn einer obligatio etwas zu thun oder zu geben zuwider gehandelt wird, mag dieses Zuwiderhandeln direct, z. B. durch Zurückhaltung der Leistung ꝛc., oder indirect, z. B. durch Zerstörung oder Wegschaffung der zu leistenden Sache geschehen. Ob der Schade in contractu oder extra contractum zugefügt worden, ist gleichgültig: bey dem directen Zuwiderhandeln kommt auch nichts darauf an, ob solches in einem dolus oder einer culpa seinen Grund hat: nur bey dem indirecten ist der Unterschied zwischen dolus und culpa in so fern wichtig, als alle culpose Zerstörungen zur zweyten Gattung der Nicht-Aquilianischen Culpa gehören.

1) Directes Zuwiderhandeln der obligatio. Es begreift alle denkbare Fälle in sich, wo entweder die zu leistende Sache gar nicht geleistet, oder zwar geleistet wird, aber nicht zur gesetzten Zeit, an dem gesetzten Ort, desgleichen wo sonstige Bedingungen und Nebenberedungen entweder gar nicht oder doch nicht auf die gehörige Art erfüllt werden. Durch die Nichterfüllung der obligatio zur gesetzten Zeit wird die mora debitoris begründet, mag übrigens die Zeit von den Gesetzen bestimmt seyn, oder ihre Bestimmung in einer Willenserklärung ihren Grund haben.

Bekannt sind die Sätze 1) daß wer eine obligatio nicht erfüllt, zur Erfüllung derselben ohne Unterschied gezwungen werden kann, möge der Gegenstand der Leistung res oder factum seyn, und daß der Gegenstand der obligatio eigentlich selbst mit der Vergütigung dessen, was er durch den Verzug weniger werth geworden ist, eventuell dessen Werth geleistet werden müsse, und zwar derjenige, den er zur Zeit der Verurtheilung hatte, wenn dieser der höchste war, sonst der, welchen der Gegenstand zu der Zeit hatte, wo er hätte geleistet werden sollen. Ferner 2) daß die Leistung bey Früchte bringenden Sachen zugleich mit den bezogenen Früchten von der Zeit des Verzugs an, wenn sonst nicht Gründe vor-

handen sind, einen früheren Zeitpunct anzunehmen z. B. bey Eigenthumsüberlassungen, geschehen muß, und bey Gegenständen, welche der Zinsenleistung fähig sind, cum usuris morae erfolgen muß [n]). Daß endlich, wenn an einem gewissen Orte hätte geleistet werden sollen, oder in einer gewissen Art, dafür daß solches nicht geschehen eine Vergütigung gegeben werden muß.

Aber mit allen diesen Sätzen ist bloß das damnum positivum abgefertigt. Es frägt sich nun aber nach dem lucrum cessans und dem Interesse, das bey der Aquilianischen Culpa sowohl, als bey der Nicht-Aquilianischen Culpa, welche in directer Widerrechtlichkeit besteht, nach den oben vorgetragenen Grundsätzen doch gar keinen Zweifel leidet.

Für den Fall, wo nach der Verabredung der Interessenten, an einem gewissen Orte die Leistung erfolgen sollte, aber unterblieben ist, ohne daß dem Schuldner eine gesetzmäßige Entschuldigung zu statten käme, finden wir eine deutliche Entscheidung in den Gesetzen, daß auch lucrum cessans, und id quod interest in der zu fordernden Entschädigung begriffen seyn sollen. *Dig. XIII, 4, L. 2. §. 8.* heißt es — — „Itaque utilitas quoque actoris veniet: quid enim si trajectitiam pecuniam dederit, Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus? et distracta pignora sunt, vel poena commissa mora tua? vel fisco

---

n) Die Vergütigung, welche durch die Verzugszinsen erfolgt, geht immer nur, man möge die Sache nehmen wie man wolle, das damnum positivum an. Denn es wird hier bloß die utilitas ersetzt, die man durch die Ausleihung des Capitals, wenn man solches zur gesetzten Zeit gehabt hätte, hätte erhalten können, und die man hat entbehren müssen. Es ist hier ganz derselbe Fall, wie mit der praestatio fructuum einer res debita. Die restitutio fructuum und die praestatio usurarum propter moram stehen sich hier einander völlig gleich.

aliquid debebatur, et res stipulatoris utilissima distracta est? in hanc arbitrariam id quod interfuit, veniet: et quidem ultra legitimum modum usurarum. Quid si merces solebat comparare? an et lucri habeatur ratio, non solius damni? puto et lucri habendam rationem. Nicht bloß der letzte Satz der Stelle ist hier entscheidend, sondern auch der erstere, obgleich er bloß das damnum positivum zum Gegenstande zu haben scheint. Denn was hier als positiver Schade erscheint ist, genau die Sache genommen, ja id quod interest.

Für den Fall, wo nach der Convention der Partheyen die Leistung in einer bestimmten Art erfolgen sollte, aber unterblieben ist, finde ich keine gesetzliche Bestimmung über das lucrum cessans und das Interesse. Man ist aber wohl hier analogisch dasselbe anzunehmen berechtigt, was für den Fall gilt, wo die Leistung an einem bestimmten Orte geschehen sollte.

Die Hauptschwierigkeit macht der Fall mit dem reinen Verzuge, wenn nämlich die obligatio blos nicht zur gesetzten Zeit erfüllt wird. Eine Hauptstelle, welche hier entgegensteht auch lucrum cessans und id quod interest anzunehmen ist *Dig XIX, 4, L. 21. §. 3.* „Cum per venditorem steterit quo minus rem tradat *omnis utilitas emtoris in aestimationem venit quae modo circa ipsam rem consistit:* neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit, et ob eam rem quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur: nec major fit obligatio, quod tardius agitur, quamvis crescat aestimatio, si vinum hodie pluris sit: merito: quia si datum esset, haberet emtor; quoniam vero non dedit, saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit."

Ausgemacht redet die Stelle von der mora des Verkäufers, welche er sich rücksichtlich der Uebergabe der verkauften Sache zu Schulden kommen lassen. Ob die mora sich in einer Vernachlässigung des gesetzlich für die Uebergabe bestimmten Termins oder des besonders verabredeten gründete, ist zwar nicht gesagt worden, scheint hier aber um so gleichgültiger zu seyn, als die Folgen für beide Fälle nothwendig dieselben seyn müssen, weil die Gründe ganz dieselben sind.

Es wird bestimmt, was der Käufer hinsichtlich des begangenen Verzugs zu fordern berechtigt seyn soll; nämlich „omnem utilitatem quae modo circa rem ipsam consistit." Diese utilitas besteht in den Früchten und Accessionen der Sache, und wenn die Sache selbst noch geleistet wird, in dem Ersatz der inzwischen eingetretenen Deteriorationen, oder wenn ihr Werth prästirt wird, in dem höchsten Werth, den sie zur Zeit hatte, wo sie hätte tradirt werden sollen, oder wenn sie jetzt noch mehr werth ist, in dem gegenwärtigen Werthe. Das lucrum cessans und das id quod interest wird dem Käufer geradehin abgesprochen. Denn die obligatio, meint Paulus, aus dessen Libr. 23. ad Edictum die Stelle ist, wachse durch die mora nicht, es könne bloß die aestimatio rei dadurch wachsen.

Man könnte annehmen, die Stelle sey nur von gewöhnlichen Fällen zu verstehen, d. h. nicht vom Verkauf der Waaren oder anderer Sachen, die nach besonderer Verabredung zwischen Käufer und Verkäufer zu einer bestimmten Zeit abgeliefert seyn müssen, auch überall nicht von einem verabredeten, sondern bloß von dem gesetzlichen Traditionstermin. Es werde ein ganz gewöhnlicher Kauf vorausgesetzt, das Kaufpretium sey gezahlt, oder gesichert, oder gestundet worden, und nun hätte der Verkäufer gleich tradiren sollen, habe es aber nicht gethan. Allein eines Theils sind keine Gründe vorhanden, eine solche Beschränkung anzunehmen,

andern Theils würde sich auch ein Unterschied in den Entscheidungsgründen nicht heraus bringen lassen. Denn so wie die mora immer die Pericel auf den säumigen Schuldner bringt, so muß sie ihn auch zur vollen Entschädigung desjenigen verpflichten, welcher durch den Verzug leidet. Geht man für einen Fall von diesen Grundsätzen ab, so muß man auch in dem andern Falle davon abgehen: man muß annehmen, bey dem bedungenen Traditionstermin falle eben so gut die Verpflichtung lucrum cessans und id quod interest zu prästiren weg, als bey dem gesetzlich bestimmten.

Offenbar steht die Stelle aus Paulus mit anderen Gesetzstellen in Widerspruch. Schon die oben citirte Stelle aus Ulpian *Dig. XIII, 4, L. 2. §. 8.* widerspricht ihr. Denn die Verurtheilung des Schuldners zum Ersatz des lucri cessantis und des id quod interest macht sich dort ja nicht aus dem Grunde, daß das Geld nicht an dem bestimmten Orte war gezahlt worden, sondern aus dem, daß mora war begangen worden. Es ist aber doch ganz gleichgültig, ob der Verzug überall hinsichtlich der Zeit der Leistung, oder zugleich hinsichtlich der Leistung an einem bestimmten Orte begangen worden ist.

Indeß, man könnte unsere Stelle auf den Kaufcontract beschränken, bey welcher Beschränkung man gerade auf keinen Widerspruch anderer Stellen stößt. Nur ist der Uebelstand, daß man nicht sieht, warum hier lucrum cessans und Interesse entbehrt werden sollen, da gerade beym Handel und Wandel die Forderung von beiden so höchst wichtig seyn dürfte.

Irre ich nicht, so handelt Paulus überall nicht das Capitel von der Leistung des lucri cessantis und des id quod interest beym Kaufcontract, wenn der Verkäufer moram in tradendo begangen hat, ab; er spricht bloß davon, daß der Käufer omnem utilitatem zu fordern habe quae modo

circa rem ipsam consistit, und daß in diese utilitas nicht das lucrum cessans und das id quod interest gehöre. Er sagt also keineswegs, der emtor soll nichts weiter als diese utilitas fordern können, er sagt dieß weder offenbar noch versteckt dadurch, daß er das lucrum cessans und das id quod interest aus der utilitas herauswirft. Wir dürfen also einmal den Paulus nicht sagen lassen, was er wirklich nicht gesagt hat: zweytens wird auch, was er eigentlich sagen will, dadurch ganz klar, wenn wir uns lucrum cessans und id quod interest als etwas Unregelmäßiges denken, und was erst noch einer besondern Nachweisung und Bescheinigung bedarf. Er sprach von dem, was als Regel wegen der mora geleistet werden sollte, und dieß war omnis utilitas quae modo circa rem ipsam consistit. Ob der Kläger ohne dem auch noch lucrum cessans und id quod interest fordern könne? Diese Frage wollte er hier nicht beantworten, er bemerkte bloß, daß beides nicht in die utilitas gehöre, welche die regelmäßige Prästation ausmachte. Dem Paulus als einem so umsichtigen und practischen Rechtsgelehrten konnte es auch wirklich nicht einmal einfallen, dem Käufer auch lucrum cessans und id quod interest absprechen zu wollen, da er wissen mußte, welchen nachtheiligen Einfluß oft genug die Verzögerung der obligatio hat o).

Steht

o) Der nachtheilige Einfluß der mora konnte dem Paulus insbesondere mit Hinsicht auf die bedungene Ablieferungszeit beym Waarenhandel nicht entgehen. Aber auch bey gewöhnlichen Käufen und Verkäufen mußte er ihn in Betrachtung ziehen. Zwischen gesetzlicher und verabredeter Traditionszeit durfte er auch um so weniger unterscheiden, als der Käufer, wenn er seinen Obliegenheiten durch Zahlung des Kaufpretiums Genüge geleistet hat, eben so gut die Auslieferung der ihm verkauften Sache, und mit eben solcher Gewißheit zu erwarten berechtigt ist, als wenn die Traditionszeit förmlich wäre verabredet worden.

Steht die bisher behandelte Stelle aus Paulus nicht der Annahme des lucri cessantis und des id quod interest entgegen, so können wir auch dreist behaupten, daß solches in allen Fällen statt finde, wo der obligatio direct zuwider gehandelt worden, in so fern als (was sich von selbst versteht) beides gehörig ausgeführt und bescheinigt werden kann. Denn die allgemeine in den Gesetzen anerkannte Verpflichtung zum Schadensersatz muß hier um so mehr in vollem Maaße eintreten, als durch directes Zuwiderhandeln der obligatio ein eben so großer Schade als durch die Fälle angerichtet werden kann, welche unter der bisher behandelten Culpa begriffen sind.

2) **Indirectes Zuwiderhandeln** der obligatio. Da hierbey, wie oben gezeigt worden, allemal dolus vorausgesetzt wird, der dolus aber nach deutlicher Vorschrift der Gesetze zu aller Entschädigung verpflichtet, so ist klar, daß nicht bloß damnum positivum, sondern auch lucrum cessans und id quod interest verlangt werden kann.

§. 174.

Zweyte Gattung der Nicht-Aquilianischen Culpa, welche in Vernachlässigung der debita diligentia besteht. Ob diligentia gefordert wird, in contractu oder extra contractum, ist gleichgültig: es genügt, daß sie gefordert wird, und daß ihre Nichtbeobachtung die Obligation zum Schadensersatz nach sich zieht. Diese zweyte Gattung der Nicht-Aquilianischen Culpa ist also allemal bedingt durch das Postulat der diligentia. Es kann hier sehr natürlich nur von Fällen die Rede seyn, wo rücksichtlich wirklich fremder Sachen oder doch einem Andern zu leistender Sachen und Handlungen diligentia postulirt wird, weil nur in dieser Beziehung überall vom Schadensersatze wegen Nachlässigkeit die Frage entstehen kann. Wo jemand es in eigenen Angelegenheiten an der ge-

hörigen diligentia mangeln läßt, frägt es sich bloß nach dem ihm selbst daraus erwachsenden Schaden oder es handelt sich vom Tragen des Schadens, nicht von dessen Erstattung.

Dieß Kapitel erstreckt sich in die Länge und in die Breite nicht bloß über das Obligationenrecht als einen Theil des Privatrechts, sondern über das gesammte Privatrecht. Denn allenthalben, wo diligentia gefordert wird, kommen auch seine Grundsätze zur Anwendung.

Es würde nicht genügen, wenn man nur im Allgemeinen eine diligentiam postuliren wollte: das Postulat muß durchaus auf eine **bestimmte** diligentia gehen. Es ist also diese zweyte Gattung der Nichtaquilianischen Culpa bedingt durch das Postulat einer **bestimmten** diligentia *p*). Sie konnte auch wohl vorzugsmäßig bedungen werden, aber in Ansehung dieses Bedingnisses ergiebt sich alles schon von selbst: es ist also hier bloß von dem Falle des gesetzlichen Postulirens einer bestimmten diligentia die Rede.

Spricht man von einer debita diligentia, so ist auch sehr natürlich, daß man mehrere Grade der diligentia annehmen muß, und wird von culpa — **Fahrlässigkeit** — als Gegensatz der diligentia gesprochen, so folgt eben so natürlich die Annahme **mehrerer** Grade der Culpa von selbst, in so fern man nur die Culpa mit der debita diligentia in Gegensatz bringt. Bekanntlich nahm man ehedem allgemein **drey** Grade der Culpa, lata, levis und levissima an, ohne übrigens über die Grenzen eines jeden einig zu seyn. Die neueren Schriftsteller über den Gegenstand sind meist der Meinung, daß man nur zweyerley Arten der culpa, eine culpa lata und levis annehmen könne,

---

p) Dieser Annahme steht nicht entgegen, daß die Gesetze bisweilen nur diligentiam im Allgemeinen fordern, ohne den Grad der diligentia genauer zu bestimmen. Denn es wird unten gezeigt werden, daß in dem generellen Postulat der diligentia doch allemal die Forderung einer bestimmten diligentia enthalten ist.

aber nicht eine culpa levissima. Was in den Gesetzen als culpa levissima vorkomme, meinen sie, sey nur das Extrem der culpa nach unten, so wie die äußerste an dolus zunächst grenzende Fahrlässigkeit das Extrem derselben nach oben sey. Abstufungen ließen sich allerdings annehmen: auch im dolus gebe es solche: aber alles müsse hier dem Gefühl und der Beurtheilung des Richters überlassen bleiben: was zu der einen oder andern Stufe gehöre, lasse sich durch keine Regel bestimmen, u. s. f.

Bey dieser Ansicht der Sache würde es nur auf den Begriff der Culpa und auf die Frage ankommen: wo die Culpa anfängt, und wo sie aufhört; wenigstens, wo etwas durchaus nicht mehr als Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, sondern bloß als Zufall betrachtet werden muß; denn gilt der Satz, daß in causis civilibus culpa lata dem dolus gleich zu achten, so hat man über die Frage, ob etwas als wirklicher dolus, oder nur als culpa zu imputiren, so gar ängstlich nicht zu seyn. — Man würde dabey füglich auch die Eintheilung der culpa in lata und levis aufheben und die Culpa als ein Ganzes betrachten können, deren äußerstes Ende nach oben die culpa lata, und nach unten die culpa levissima abgäbe, so das was in der Mitte zwischen beiden Extremen stände als culpa levis zu betrachten sey. Die Grenze der Culpa nach oben wäre der dolus, die nach unten der casus.

Daß dieß auch wirklich die Ansicht der Römer gewesen, kann gar nicht zweifelhaft bleiben, wenn man sich nur bemühet, die einzelnen, uns von Justinian erhaltenen Bruchstücke des Rechts zu vergleichen, in welchen von der Culpa die Rede ist q). Allein, wenn nun gesagt wird, daß einer hier

q) Aus *Dig. L*, 16, *L.* 223. „Latae culpae finis est, non intelligere id, quod omnes intelligunt" sollte man fast schlie-

nur culpam latam, dort culpam levem, und anderswo sogar culpam levissimam zu prästiren habe r), und culpa lata und levis die Regel sey, wenn nicht culpa levissima besonders zur Bedingung gemacht oder die praestatio nur auf culpa lata beschränkt worden; so sieht jeder ein, daß doch wirklich drey Grade der Culpa nicht nur unterschieden worden sind, sondern auch jeder Grad in sich geschlossen erscheint. Daß man nicht auskommt, wenn man die Grade der Culpa an sich bestimmen wollte, ist klar. Die Bestimmung muß sogar nothwendig ins Lächerliche fallen. Aber ob sie sich nicht durch die diligentia und deren Grade, deren Oppositum die Culpa mit ihren Graden ist, bestimmen ließen, ist eine andere Frage. Ich glaube doch. Auf eine Weise müssen wir doch herauskommen, und daß die Römer hier gewisse Regeln zum Grunde legten, und es nicht bloß dem Richter überließen, herauszufühlen, wann culpa lata, levis oder levissima vorhanden, ist klar. Ohne dem möchte ich für die ganze Theorie nichts geben, besonders wenn man bedenkt, daß der Richter hier keinen andern Maaßstab haben würde, als seine eigenen Vorstellungen, die nach seiner Individualität doch gar sehr verschieden seyn dürften.

ßen, daß die Römer doch etwas anders philosophirt, und was wir als culpa lata betrachten, vielmehr als das Ende der culpa lata angesehen hätten. Allein daraus sowohl, daß die Stelle so gar keinen vernünftigen Sinn giebt, als aus ihrer Vergleichung mit *L.* 213. §. *ult. ibid.* folgt, daß hier ein fehlerhaftes Einschiebsel vorhanden seyn muß, welches man sehr leicht in dem „lata" entdeckt. Einige von mir verglichene Handschriften haben es wirklich nicht, aber so wie es in der Florentina zu lesen ist, steht es auch in allen alten Drucken, die ich zu vergleichen Gelegenheit gehabt habe.

r) Sehr richtig ist die Bemerkung des Rez. der Hasseschen Schrift in der Jenaer Lit. Zeit. daß es ganz gleichgültig sey, ob der Ausdruck „culpa levissima" einmal oder mehrmals in der Pandecten-Compilation vorkomme, wenn er daselbst nur zur Bezeichnung eines gewissen Grades der culpa gebraucht worden sey.

Eine Eigenthümlichkeit der Culpa als Fahrlässigkeit, wodurch sie sich vom dolus als Vorsatz unterscheidet, ist, daß sie sowohl überhaupt als in Beziehung auf ein gewisses Individuum, d. h. in Beziehung sowohl auf menschliche Verstandeskräfte überhaupt als auf die Verstandeskräfte Einzelner gedacht werden kann, wogegen der dolus sich durchgängig gleich bleibt. Falsch ist offenbar in civilibus der Satz [s]), daß die Gesetze rücksichtlich der Culpa nicht mehr imputiren, als die Verstandeskräfte des Einzelnen zu tragen vermögen: in criminalibus mag er gern seine Richtigkeit haben. Wenn es *Dig. L, L. 213. §. ult.* heißt: Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt, und dazu nimmt, daß die lata culpa durchgängig imputirt wird, wo jemand nicht als wirklicher mente captus erscheint, so ist wenigstens klar, daß die Gesetze auch die Angewohnheit der höchsten Sorglosigkeit bey einem Individuum nicht weiter in Betracht ziehen; eben so wenig als sie in Betrachtung gezogen wissen wollen, ob das Individuum nach seinen Verstandeskräften überall sorgsamer hätte seyn können. Hinsichtlich der culpa lata macht es also keinen Unterschied, ob man auf den menschlichen Verstand überhaupt oder den Verstand eines Individuums sieht: ob hinsichtlich der übrigen culpa eine Unterscheidung im Allgemeinen statt finde, dürfte doch auch gar sehr zu bezweifeln seyn. Denn wenn auch in dem einen oder dem andern Fall bey der Zurechnung auf individuelle Verstandeskräfte Rücksicht genommen wird, so ist es ja möglich, daß hier besondere Umstände zum Grunde liegen, welche bekanntlich das jus commune nicht weiter alteriren. Nur in so fern also läßt sich die Unterscheidung zwischen culpa in abstracto und in concreto aufrecht erhalten [t]). Im Allgemeinen findet

---

s) Hasse a. a. O. Seite 97 folg.

t) Einen andern Begriff verbindet mit diesen Ausdrücken Hasse a. a. O. Seite 108 folg.

man nur die culpa in concreto berücksichtigt, wenn es den Fall gilt, wo jemand sich und seine Sachen dem Andern ohne Noth und ohne eine besondere Kunst- und Sachkenntniß bey ihm vorauszusetzen anvertraut hat.

Daß culpa lata dem dolus in allen Civilfällen gleichgeachtet werden soll, ist doch in den Gesetzen so bestimmt und deutlich entschieden worden, daß auch nicht der geringste Zweifel übrig bleiben kann *). Daraus scheint zweyerley zu folgen: Einmal, daß man es mit der Frage, wo culpa lata aufhöre, und dolus anfange, hier gar nicht so genau zu nehmen hat, als man es im Straffällen zu nehmen genöthigt ist. Zweytens, daß in so fern von Entschädigung die Rede ist, die culpa lata dieselbe Entschädigung und in ihrem ganzen Complex hervorbringt, welche eine Folge des dolus ist, d. h. daß nicht bloß damnum positivum, sondern auch privativum und id quod interest zu ersetzen ist.

Aber kann man eine so unbeschränkte Verbindlichkeit zur Entschädigung auch bey den minderen Graden der Culpa annehmen? Wird doch in allen Criminalfällen der dolus weit stärker zugerechnet als die culpa, und wenn auch in Civilfällen die culpa lata dem dolus gleichgeachtet wird, so scheint eben mit der Annahme dieses Satzes für mindere Grade der Culpa, nicht nur die dem dolus eigenthümliche, sondern auch jede und ähnliche Zurechnung ausgeschlossen zu seyn. In dem Satze, daß culpa lata dem dolus gleich zu achten, scheint das schon zu liegen: es scheint dadurch zugleich untersagt worden zu seyn, für die minderen Grade der Culpa eine solche Entschädigungsverbindlichkeit als beym dolus anzunehmen: auf die Entschädigung geht ja aber alle Imputation in civilibus allein. Es scheint daher durch einen ganz richtigen Schluß festzustehen: eine culpa die nicht lata ist, berechtige

*) *Dig. L, 17, L. 23.*

da, wo sie zugerechnet werden kann, den Beschädigten nicht zum vollen Ersatz des erlittenen Schadens: etwa nur den positiven, höchstens den privativen Schaden zu fordern.

Freylich kann man auch den Satz, daß culpa lata dem dolus gleich zu achten, so nehmen, daß die culpa lata gewissermaaßen einen dolus in sich begreife, so ist er auch häufig ehedem genommen worden. Allein dann müßte das sowohl für Civil- als Criminal-Fälle gelten: den Satz auf die ersteren beschränken zu wollen, würde unvernünftig seyn, weil, wenn einmal culpa lata zugleich dolus in sich begreift, sie ihn auch durchgehends in sich fassen muß [v]). Es bleibt also nichts übrig als den Satz so zu nehmen und zu verstehen als er oben genommen und verstanden worden ist.

Ich glaube, man muß allen Schadensersatz, dem eine Culpa — Fahrlässigkeit — zum Grunde liegt, so fern diese culpa keine lata ist, beschränken auf damnum positivum und lucrum cessans. Daß er überhaupt beschränkt werden muß, erscheint mir wenigstens daraus vollkommen deutlich, daß culpa lata dem dolus gleich geachtet, bey dieser folglich nur aller denkbare Schade wie beym dolus prästirt werden soll, woraus nothwendig folgt, daß bey der culpa non lata nicht aller denkbare Schaden zu prästiren ist. Was wegfallen muß, kann nur das lucrum cessans und das interest seyn: das damnum positivum kann nicht wegfallen, ohne zugleich die Verpflichtung zum Schadensersatz ganz aufzuheben. Das Interesse kann man geradezu wegwerfen, denn wenn etwas wegfallen muß, so muß es das Extrem des Schadensersatzes seyn. Nun kommt es nur noch auf den Beweis an, daß damnum positivum und lucrum cessans gefordert werden

---

v) Ueber die ganz müßige Frage, ob culpa lata als dolus praesumtus zu nehmen sey, sehe man bey Hasse c. l. die ausführliche Erörterung.

können, und der ganze Schadensersatz nicht bloß auf damnum positivum zu beschränken ist.

Das lucrum cessans ist etwas mit dem positiven Schaden so unzertrennlich Verbundenes, daß man es nur dann abzusprechen vermag, wenn die Gesetze den Schadensersatz namentlich und ausdrücklich auf das damnum positivum beschränken. Ohne eine solche Beschränkung ist immer das lucrum cessans mit zu prästiren. Der Satz, daß culpa lata dem dolus in Civilfällen gleich zu achten, begründet bloß einen Schluß auf die Minderung des Schadensersatzes in Fällen der culpa non lata. Diese Minderung ist schon da, wenn das Interesse wegfällt; es ist eine sehr wichtige Minderung: man muß also um so mehr beybehalten, was mit dem absolut zu leistenden damnum positivum in so genauer — fast unzertrennlicher — Verbindung steht.

Nach diesen Prämissen dürfte nun die Generaltheorie der Lehre so zu bilden seyn.

1) Wo die Gesetze hinsichtlich fremder oder jemanden zu leistender Sachen und Handlungen diligentiam postuliren, da machen sie an jemand entweder nur eine Anforderung zur Aufmerksamkeit, zu welcher schon jedes vernünftige Wesen verbunden ist — diligentia minima — diligentia schlechtweg, oder sie verlangen eine angestrengtere Aufmerksamkeit — diligentiam mediam — exactam — oder sie begehren endlich die höchste Aufmerksamkeit, deren ein vernünftiges Wesen überall fähig ist — diligentiam maximam — exactissimam. Die Gesetze können bey dieser Anforderung sehr natürlich nicht auf die Individualität Rücksicht nehmen, sie müssen den Menschen als Menschen setzen, es sey denn, daß Gründe einträten, auch die Individualität, und zwar diese vorzugsweise zu berücksich-

tigen. Solche Gründe sind allein in dem Fall vorhanden, wo jemand sich und seine Sachen einem ohne Noth und ohne eine besondere Kunst- und Sachkenntniß bey ihm vorauszusetzen anvertraut. — Ich sage ohne Noth, denn wird er durch die Umstände dazu gezwungen, oder kann er eine Sache nicht aus den Händen des Besitzers erhalten, so versteht es sich von selbst, daß die Anforderung der diligentia ohne Berücksichtigung der Individualität eintreten muß. — Warum hier die Gesetze die diligentiam bloß mit Hinsicht auf die Individualität fordern? Die Sache ist einleuchtend. Wer einem Andern sich und seine Sachen ohne Noth anvertraut, und ohne daß bey diesem Anvertrauen auf Kunst- und Sacherfahrenheit Rücksicht genommen wird, der erklärt auch zugleich, daß er von ihm nicht den gesetzlich vorgeschriebenen Grad der diligentia in abstracto, sondern nur in concreto fordern wolle w). — Die unten vorkommenden Beyspiele werden das Gesagte durchweg bestätigen.

Wer die schuldige diligentia hintenansetzt, begeht culpam. Die culpa ist lata, wenn auch nicht die minima diligentia, levis, wenn die diligentia media,

---

w) Wir werden weiter unten sehen, daß wer sich zu einer gewissen Kunst oder Geschicklichkeit bekennt, auch in der Regel wenigstens culpam levissimam prästiren müsse. Die ihm hier besonders wegen einer Profession, einer gewissen Kunst oder Geschicklichkeit auferlegte diligentia exactissima steht also entgegen, daß man ihm nicht culpam in concreto zurechnen darf, sondern bey der Zurechnung in abstracto stehen bleiben muß. Eben das ist der Fall, wenn man sich und seine Sachen dem Andern aus Noth hat anvertrauen müssen. Ohne diese Rücksichten ist es dem, welcher sich und seine Sachen einem Andern anvertraut hat, demselben selbst beyzumessen, wenn er sich nicht einem Bessern anvertraute.

und levissima, wenn die diligentia maxima nicht beobachtet wird. Die Culpa ist also nicht etwas für sich Bestehendes, nicht einmal ein Correlat der diligentia, sie ist nichts weiter als die omissio diligentiae debitae. Je nachdem man die Culpa mit Berücksichtigung der vernünftigen Natur des Menschen überhaupt, oder der Verstandeskräfte eines Individuums imputirt, entsteht der Unterschied zwischen culpa in abstracto und culpa in concreto. Es ist also bloß die Imputation, welche diesen Unterschied begründet, in der Natur der Sache selbst liegt er nicht. Sagt das Gesetz, A braucht nur culpam latam zu prästiren, so weiß man schon, welcher Grad der diligentia von ihm gefordert wird; eben so wenn das Gesetz von praestatio culpae levis und levissimae spricht. Nimmt das Gesetz bey der praestatio culpae, die es fordert, auf die diligentia Rücksicht, die jemand bey seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt, so sieht man ohne Weiteres ein, daß es nur culpa in concreto prästirt wissen will, und dem Richter ist damit zugleich der Fingerzeig für die Zurechnung der Culpa gegeben werden. Man erfährt dadurch die Abweichung von der Regel, welche culpa in abstracto ist: aus dem Prinzip, welches der gesetzlichen Disposition zum Grunde liegt, oder der ratio legis muß erkannt werden, wie weit sich überall die Ausnahme erstreckt.

Es ist sehr natürlich, daß wenn bey der Zurechnung der Culpa auf die Verstandeskräfte eines Individuums Rücksicht genommen wird, sich die Imputation ganz anders macht, als wenn menschliche Verstandeskräfte überhaupt dabey zum Grunde gelegt werden. So kann es denn gar wohl kommen, daß was in abstracto nur als diligentia media oder exacta erscheint,

in concreto als diligentia exactissima betrachtet werden muß, wenn nämlich das Subject nach seinen individuellen Verstandeskräften und seinen Gewohnheiten keine größere diligentiam zu beobachten vermochte. Indeß kann sich nur der Unterschied bey der culpa levissima machen: die culpa lata und levis bleibt dieselbe, mag man die Sache in abstracto oder in concreto nehmen.

2) Das Ende der Culpa nach oben ist, wo man annehmen kann, es sey mit Absicht gehandelt worden, wenn auch die Handlung für sich als bloße Vernachlässigung erscheint. Wer absichtlich eine Sache an einem öffentlichen Orte liegen läßt, damit sie wegkommen möge — hat sich dolus zu Schulden kommen lassen, wenn gleich die Handlung selbst äußerlich nur als Fahrlässigkeit erscheint. — Das Ende der Culpa nach unten ist schwerer zu bestimmen. — Im Allgemeinen läßt es sich nur da erst annehmen, wo der Casus sich an die Culpa anschließt. Wo also aller denkbaren Aufmerksamkeit ungeachtet doch eine Sache beschädigt oder weggekommen ist, ist erst das Ende der Culpa. Bey der culpa in concreto muß sehr natürlich auch die Vorstellung von dem Ende der Culpa nach den obigen Andeutungen modificirt werden.

3) Bey der culpa lata ist die praestatio damni ganz dem Falle gleich, wo dolus begangen worden. Die culpa levis und levissima verbindet nur zur praestatio damni positivi und lucri cessantis, es sey denn, daß die Gesetze für den einen oder den andern Fall auch die Leistung des vollen Schadensersatzes angenommen hätten.

§. 175.

Die schwierigste Frage in dieser Lehre ist unstreitig die, um allgemeine Regeln, nach welchen die praestatio culpae für einzelne Fälle zu bestimmen seyn möchte. Es ist oben bemerkt worden, daß wenn die Gesetze nicht zur praestatio einer gewissen Culpa verbinden, überall nicht von praestatio culpae die Rede seyn könne. Denn da es mehrere Grade der diligentia giebt, so würde man ohne dem nicht wissen, welcher Grad zu prästiren. Da indeß, wie oben bemerkt worden, die culpa lata in Civilfällen dem dolus gleich geachtet wird, und sich ihre praestatio allenthalben von selbst versteht, und eben so gut als die praestatio doli; die culpa levissima dagegen schon etwas Außerordentliches ist, und ihre ganz besonderen Gründe hat, so pflegten die Römer, wenn es der culpa levis galt, sich bloß des Ausdrucks „culpa" im Allgemeinen zu bedienen, und nur für die Fälle, wo die praestatio culpae auf culpa lata zu beschränken, oder auf culpa levissima auszudehnen war, von diesen besonders zu sprechen. So wird denn durch diesen Sprachgebrauch der zu prästirende Grad der Culpa von selbst bestimmt, ohne daß es nöthig ist in einzelnen Fällen zu sagen, ob culpa lata, levis oder levissima zu prästiren. — Sehr merkwürdig ist hier auch noch ein anderer Sprachgebrauch, nach welchem dolus culpa und diligentia so von einander unterschieden werden, daß dolus wie gewöhnlich auch culpam latam in sich begreift, culpa hingegen auf culpa levis beschränkt ist, und unter diligentia culpa levissima verstanden wird. Ohne sich diesen doppelten Sprachgebrauch der Römer gemerkt zu haben, finden sich in der Erklärung einzelner Fragmente der Pandecten-Compilation große Schwierigkeiten. Am vollständigsten erscheint er *Dig. L, 17, L. 23.* „Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt; quidam et dolum et culpam: *dolum* tantum depositum et precarium: *do-*

lum et *culpam* mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae administratio, negotia gesta: in his quidam et *diligentiam*: Societas et rerum communio et *dolum* et *culpam* recipit: sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit, vel plus vel minus in singulis contractibus: nam hoc servabitur quod initio convenit: legem enim contractus dedit: excepto eo quod Celsus putat, non valere si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei judiciis contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus, mortes, *quaeque sine culpa accidunt*, fugae servorum, qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur. — Ulpian aus dessen Libr. XXIX ad Sabinum die Stelle ist, wollte hier etwas im Allgemeinen über die Sache sagen. Er bedient sich ganz des juristischen Sprachgebrauchs, indem er dolum, culpam, diligentiam, und casum mere fortuitum unterscheidet. Man muß die Stelle so paraphrasiren. Bey einigen Contracten wird nur dolus und die ihm ganz gleichgestellte culpa lata prästirt, z. B. beym depositum und precarium. Bey andern genügt die praestatio doli und culpae latae nicht, sondern es muß auch culpa levis prästirt werden, z. B. beym mandatum, commodatum etc.: unter den genannten giebt es einige, bey welchen sogar culpa levissima zugerechnet wird. Besondere Verabredungen verändern bisweilen die Sache, doch gilt keine Verabredung von vorn herein, welche die praestatio doli (gewiß auch der ihm gleichgestellten culpa lata) ausschließt. Der casus mere fortuitus wird von niemand geleistet.

Zwar spricht die Stelle nur von Contracten, aber dieß thut nichts zur Sache: derselbe Sprachgebrauch findet sich auch in andern Stellen, wo es sonst noch der diligentia und ihres Gegensatzes, der Culpa gilt. Es kann unter sol-

chen Umständen nicht schwer werden festzusetzen, welcher Grad der culpa gemeint ist, wenn die Gesetze ohne weiteren Beysatz sprechen, und ich glaube, man kann unbedingt folgende Regeln unterschreiben.

I. Ist bloß von der praestatio doli mit Ausschluß der culpa die Rede, so gilt es immer nur der culpa lata, welche ganz dem dolus in Civilfällen gleich zu stellen ist, und schon durch den dolus, als in welchem sie gewissermaaßen enthalten ist, gehörig bezeichnet wird, daher es nicht nöthig war, sie noch besonders zu bezeichnen.

II. Ist die Rede davon, daß außer dem dolus noch culpa zu prästiren, so ist die culpa levis jedesmal gemeint. nur da kann man culpam latam oder culpam levissimam unter diesem Ausdruck begreifen, wo aus andern Gesetzstellen erhellt, daß nur culpa lata, oder culpa levissima prästirt wird.

III. Wird von diligentia gesprochen, so steht die diligentia entweder als Gegensatz des dolus oder der culpa da, oder für sich besonders. Im ersteren Fall hat man darunter allemal culpam levissimam zu verstehen, im letzteren muß aus andern Stellen, oder aus der Natur des Geschäfts geurtheilt werden, welcher Grad der culpa — culpa levis oder culpa levissima — darunter zu verstehen.

IV. Concurrirt beym casus eine Culpa, so daß die sonst ausgeschlossene praestatio casus nöthig wird, und wird der ex contractu oder sonst Verbundene wegen begangener Culpa ohne nähere Bestimmung zum Schadensersatz pflichtig erkannt, so muß für einzelne Fälle aus den generell von der praestatio culpae für das Rechts-

verhältniß geltenden Grundsätzen bestimmt werden, welchen Grad der Culpa er hier zu prästiren habe.

Damit wären nun zwar die Regeln für die Gesetzerklärung erschöpft, noch aber gar nicht die Regeln für die praestatio oder vielmehr imputatio culpae gegeben, wovon doch eigentlich oben die Rede war. Daß die Gesetze nicht für jedes einzelne denkbare Rechtsverhältniß bestimmen können, welcher Grad der Culpa zu prästiren, ist wohl klar: bey den Rechtsverhältnissen, wo sie solches bestimmt haben, mußten sie doch auch von Prinzipien ausgehen. Der Versuch, die in Frage stehenden Regeln zu finden, soll jetzt gemacht werden!

Es ist die Rede vom unabsichtlichen Zuwiderhandelnder obligatio sowohl selbst, als der mit der obligatio verbundenen custodia. Für den letzteren Fall wird vorausgesetzt, daß man zur custodia überall verpflichtet war: ohne diese Verpflichtung ist hier nicht an Culpa und deren Zurechnung zu denken, für den ersteren Fall ist diese Verpflichtung schon von selbst vorhanden. Schon in der Natur der Sache liegt, daß man sich der diligentia minima nirgends entziehen könne; culpam latam daher allemal zu prästiren habe. Denn wenn in Civilfällen die culpa lata dem dolus durchgängig gleichgeachtet wird, und dolus immer zu prästiren ist, so folgt von selbst, daß culpa lata gleichfalls immer zu prästiren sey. Der Schluß von dem Einen auf das Andere ist theils so natürlich, theils wird er durchgängig von den Gesetzen so anerkannt, daß auch nicht der geringste Zweifel gegen seine Zulässigkeit statt findet. Eine Frage ist es noch, ob es als eben so natürlich zu betrachten, daß in der Regel culpa levissima zu prästiren, wenn es sich um die diligentia eines Menschen handelt, der als Sachverständiger sich zu etwas verpflichtet, oder sich bey der Führung einer Angelegenheit Anderen vorgedrängt hat. Das Vordrängen verpflichtet

doch nur bedingt, und wenn derjenige, dem man sich vorgedrängt hat, diligentior gewesen seyn würde, zur praestatio der culpa levissima, oder vielmehr zur praestatio derjenigen culpa, welche als Oppositum der diligentia des Andern erscheint. Anders verhält es sich, wenn jemand als Sachverständiger auftrat. Nicht zu gedenken, daß für einzelne Fälle hier die Gesetze maximam diligentiam fordern: oben ist auch gezeigt worden, daß ein Sachverständiger — ein Arzt wegen falscher oder vernachlässigter Kur — mit der Aquilischen Klage besprochen werden kann: die lex Aquilia bekümmert sich aber bekanntlich nicht darum, ob der Schade dolo oder culpa geschehen, und im letztern Fall, welche culpa begangen worden ist. So scheint ganz klar zu seyn, daß jeder Sachverständiger culpam levissimam prästiren müsse; eine oder die andere Ausnahme von der Regel würde nur die Regel noch mehr beweisen. Es ist auch in der That nicht anders; nur braucht man nicht gerade ein Sachverständiger zu seyn; es ist hinlänglich, wenn man sich dafür ausgiebt, oder sich als Sachverständiger aufführt, indem man sich Geschäften unterzieht, zu deren Verrichtung besondere Kenntniß erfordert wird.

So wie dieß, daß man als Sachverständiger auftritt, oder sich einem Andern vordrängt, zur größern diligentia verpflichtet, als wenn beides nicht der Fall ist, eben so scheint auch die Forderung einer vorzüglicheren diligentia jedes Geschäft zu begleiten, das schon durch seine Natur und sein Wesen auf eine solche Forderung Anspruch macht. In der Uebernahme eines solchen Geschäfts scheint schon die Verpflichtung zu der maxima diligentia enthalten zu seyn, z. B. beym Depositum. Gleichwohl ist das keinesweges der Fall. Hier gerade wo man immer die praestatio culpae levissimae vermuthen sollte, wird oft nur dolus und culpa lata prästirt. Die Ge-

Gesetze wechseln in den Bestimmungen über die praestatio culpae außer den oben genannten Fällen so sehr ab, daß sich keine allgemeinen Regeln geben lassen, sondern alles von der Entscheidung in einzelnen Fällen abhängt. Was man auch sonst noch wohl bey Rechtsgeschäften in Betrachtung zu ziehen und davon die praestatio culpae abhängig zu machen sucht, z. B. ob der Eine alle Vortheile, der Andere alle Nachtheile aus dem Rechtsgeschäfte habe u. s. f. langt auch bey genauer Prüfung nicht aus, um darauf eine Regel zu begründen.

Man muß sich daher auf folgende generelle Sätze nothwendig beschränken:

I. Culpa lata muß immer prästirt werden. Ihre praestatio versteht sich von selbst, eben so als sich die praestatio doli von selbst versteht. Der Satz bedarf also keines weiteren Beweises.

II. Culpam levissimam muß jeder prästiren, welcher als Sachverständiger ein Geschäft übernommen hat, mag er wirklich Sachverständiger seyn oder nicht, wenn er es nur in der Qualität eines Sachverständigen übernahm. Die Prästation der culpa levissima ist hier in der Ordnung, so lange nicht durch einen besondern Vertrag Abänderungen getroffen worden sind. Der Beweis des Satzes selbst wird durch die unten vorkommenden Beyspiele geführt.

III. Eben so wird culpa levissima von demjenigen prästirt, der sich bey einem Geschäft besonders vorgedrängt oder zugedrängt hat. Die Leistung ist hier nicht etwas Absolutes, sondern bloß Bedingtes, nämlich wenn ein anderer diligentior vorhanden war, der durch das Vordrängen oder Zudrängen ausgeschlossen worden ist. Man kann aber nicht sagen, die zu prästirende culpa

levissima sey zu ermessen nach der diligentia, welche der verdrängte diligentior etwa angewendet haben würde; denn wie läßt sich das bestimmen.

IV. In allen übrigen Fällen halte man sich statt der Regeln an die besonderen gesetzlichen Bestimmungen, und schließe aus denselben für ähnliche Fälle. Aus dem, was oben gesagt worden ist, folgt schon von selbst, daß man über culpa levis hinaus nicht imputiren darf, wenn der culpa levissima nicht namentlich und ausdrücklich gedacht worden ist. Denn auch ohne das sie anzunehmen, ist nur alsdann erlaubt, wenn der Fall unter der Regel der culpa levissima, z. B. bey der n. II. und III. steht.

Sätze wie diese: daß wenn beide Theile Vortheil aus einem Rechtsgeschäft haben, sie einander culpam levem prästiren müssen: daß wenn Einer alle Vortheile, der Andere gar keine daraus habe, der letztere nur zur culpa lata verpflichtet sey u. s. w. ww), stehen wirklich ohne alle gesetzliche Unterstützung da, (wenigstens sind der Ausnahmen so viele, daß die Regel darüber zu Grunde geht) und es ist daher besser, sie ganz zu verwerfen. — Am klügsten dürfte es seyn, erst die einzelnen Fälle der praestatio culpae abzuhandeln, und dann zuzusehen, welche Generalprinzipien sich daraus entnehmen lassen.

Es ist bereits oben bemerkt worden, daß bey der Zurechnung der Culpa allemal auf die menschlichen Verstandeskräfte und Fähigkeiten überhaupt, nicht auf die eines Individuums oder auf die individuellen gesehen werden müsse, es sey denn,

---

ww) Sieh. *Westenberg* pr. *Jur. sec. Ord. Dig. ad tit. D. commodati vel contra* §. 50 seq. Nach diesen und andern Rücksichten classificirt auch Hasse die praestatio culpae, nicht sowohl in Contracten allein als außer denselben.

daß für einzelne Fälle besonders darauf verwiesen worden. Diese Bemerkung ist auch bey den gegebenen Regeln zu berücksichtigen, so, daß in so fern die Prästation eines gewissen Grades der Culpa dort bestimmt worden ist, auch immer nur die Culpa in abstracto zu nehmen ist, es fände sich denn die Ausnahme für den einen oder den andern Fall, oder die praestatio culpae in concreto.

§. 176.

Es soll jetzt näher untersucht werden, welchen Grad der diligentia die Gesetze bey einzelnen Rechtsgeschäften fordern, aus welcher Untersuchung zugleich hervorgehen wird, ob und in wie fern die oben gegebenen Regeln als richtig zu betrachten sind.

Zuerst von Contracten, denn bey diesen kommt vorzugsweise die praestatio culpae in Betracht. Wie die obligatio contrahirt wird, relevirt hier gar nichts: die praestatio culpae geht von einem ganz andern Gesichtspunct als der der Entstehung der obligatio ist, aus.

I. Beym Kaufcontract, mit welchem hier darum begonnen wird, weil über ihn die meisten Stellen vorhanden sind, kommt die praestatio culpae vorzugsweise in Betracht, wenn es sich um die Pericel der verkauften, aber noch nicht übergebenen Sache handelt. Bekanntlich geht, sobald der Kauf vollzogen ist, das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer über, und bleibt dem Verkäufer die Gefahr der verkauften Sache bis zu deren Tradition, doch nur bedingt, wenn er nämlich dolo oder culpa sua deren Untergang oder ihre Entwendung veranlaßt hat, es sey denn, daß er sich in mora befände, wo er unbedingt die Gefahr trägt. Nur von dem erstern Falle kann hier die Rede seyn. Welchen Grad der diligentia der Verkäufer zu prästiren habe, darüber scheinen doch die Römischen Juristen in ihren Mei-

nungen getheilt gewesen zu seyn. Irre ich nicht, so war die ältere Meinung, er sey nur zur diligentia media verpflichtet, und brauche daher nur culpam levem zu prästiren. Mehrere, unstreitig von Tribonian verschnittene und nach der neueren Meinung umgeschaffene, dabey aber doch in ihrer ursprünglichen Fassung gebliebenen Stellen, scheinen sichtbar darauf hinzudeuten. Diese neuere Meinung, welche *Dig. XVIII, 6, L. 3.* „Custodiam autem venditor talem praestare debet, quam praestant hi, quibus res commodata est: ut diligentiam praestet *exactiorem*, quam in suis rebus adhiberet" ausgesprochen ist, stellt den Verkäufer ganz dem Commodatar gleich, und verpflichtet ihn zur culpa levissima. Sie geht offenbar von dem Prinzip aus, daß die noch bey dem Verkäufer verbleibende Sache als eine res ei commodata zu betrachten sey, der er sich als solcher zwar bedienen könne, in so fern sie überall unter das Commodat fällt, aber auch dafür zu haften habe, wie der Commodatar für die res commodata. Gegen das Prinzip läßt sich im Ganzen nichts einwenden, selbst für den Fall nicht, wo man es auf Sachen bezieht, die nicht des Commodats fähig sind.

Nach diesem Hauptgesetz müssen denn auch alle andere Stellen umgeschaffen, oder in seinem Geiste genommen werden, deren isolirte Erklärung zu einem andern Resultat führen würde, als *Dig. XVIII, 1, L. 55. §. 4.* nach welcher von dem Verkäufer nur eine custodia verlangt wird, qualem bonus paterfamilias suis rebus adhibet, ferner *Dig. XVIII, 6, L. 11*, welches Gesetz dem Verkäufer nur eine diligentia auferlegt quam debent homines frugi et diligentes praestare u. a. m. Die erstere Stelle aus Cajus ad edict. prov. erhält auch noch aus *Dig. XVIII, 2, L. 6*, gleichfalls einer Stelle aus Cajus, wenn gleich aus einer andern Schrift (Cottidianar. rer.) eine nähere Bestimmung, indem darnach

dem Verkäufer alles was sich von diligentia denken läßt, so aufgebürdet wird, daß er nur durch fatale damnum und vis magna entschuldigt werden kann. Es wird dadurch klar, daß Cajus gleichfalls der Meinung war, welche Paulus in der Hauptstelle vertheidigt, die auch unmittelbar auf seinen Ausspruch folgt: annehmen läßt sich doch nicht, daß ein Unterschied zwischen Diebstahl, wovon *Dig. XVIII, 1, L. 53, §. 4.* spricht, und anderer Beschädigung der Sache, wovon *Dig. XVIII, 6, L. 2.* die Rede ist, sey, und dem Verkäufer hinsichtlich des Diebstahls weniger zur Last zu legen. Die letztere Stelle (aus Alfenus Varus *Libr. II. Digest.*) muß auch in diesem Geiste genommen werden, der sich in der Anwendung noch besonders in *Dig. XIX, 1, L. 51. pr.* ausspricht, nach welcher Stelle der Verkäufer dem verkauften Sclaven nicht mehr eine mit Gefahr verknüpfte Arbeit übertragen darf, wenn er ihm auch solche ehedem wohl übertragen hatte, weil durch den Verkauf des Sclaven die Umstände sich geändert haben; ehedem der Sclave als res propria betrachtet wurde, und jetzt als res commodata bey ihm erscheint. Anderer Meinung war Labeo, aber Paulus mußte sich hier in den einmal angenommenen Grundsätzen getreu bleiben: „Si servus (heißt es) quem vendideras jussu tuo aliquid fecit et ex eo crus fregit; ita demum ea res tuo periculo non est, si id imperasti quod solebat ante venditionem facere, vel si id imperasti quod etiam non vendito servo imperaturus eras. Paulus: minime, nam si periculosam rem ante venditionem facere solitus ist, *culpa tua* id factum esse videbitur: puta enim fuisse servum qui per catadromum descendere aut in cloacam dimitti solitus esset." Hier wird obendrein ein Sclave vorausgesetzt, den man bisher zu einer gefahrvollen und halsbrechenden Arbeit gebraucht hatte, und der sich recht darauf verstand. Gleichwohl haftet der venditor, wenn der Sclave Schaden nimmt, dem

er durfte denselben jetzt nur als res commodata behandeln, und die res commodatas darf man so nicht exponiren.

Da die Hauptstelle von dem Verkäufer diligentiam exactiorem fordert, als er bey seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt, und ihn hinsichtlich der praestatio culpae ganz dem Commodatar gleich stellt, auch nach Cajus der Verkäufer bloß durch vis major und fatale damnum entschuldigt wird, so läßt sich nun leicht *Inst. III, 24, §. 3.* erklären, wo es heißt „Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris (Theophilus fügt hinzu rei venditae) accidit in eo venditor securus est." Der Verkäufer prästirt also bloß nur den casum mere fortuitum nicht. Wo irgend eine Fahrlässigkeit seiner Seits mit ins Spiel kommt, ist er obligat *). Ob culpa in abstracto oder nur culpa in concreto zu prästiren, muß nach den unten folgenden Grundsätzen vom Commodat beurtheilt werden.

Nach *Inst. c. l.* prästirt der Verkäufer sogar casum fortuitum, wenn er durch ausdrückliche Vereinbarung die custodiam bis zur erfolgten Tradition übernommen hat. Theophilus bemerkt dabey, daß die custodia hier als diligentissima et paene modum excedens observatio verstanden und erklärt seyn wolle. Ob man das Versprechen indeß für alle Fälle so nehmen könne, bleibt die Frage. In dem Institutionen-Text ist nur die Rede von Sclaven, Thieren nnd andern sich selbst bewegenden oder beweglichen Sachen, die davon laufen oder fliegen oder gestohlen werden können. Uebernimmt der Verkäufer deren custodiam noch durch besondern Vertrag, so verbindet er sich zu mehr als zur dili-

*) Sehr richtig stellt aus diesem Grunde Hasse a. a. O. S. 397 die culpam venditoris ganz der Aquilianischen Culpa gleich. Der Unterschied bleibt jedoch immer in dem Begriff sowohl als in der Sache selbst.

gentia exactissima, wozu er ohne dem schon gesetzlich verpflichtet war. Aber es ist noch ein Mittelding zwischen diligentia exactissima und casus mere fortuitus, das äußerste Ende der diligentia exactissima, und dieß ist hier unstreitig gemeint. Der gesetzliche Sinn kann kein anderer als der seyn, daß wenn der Verkäufer custodiam noch besonders durch Vertrag übernommen hat, jetzt gar keine Entschuldigung statt finde, wenn der Sclave oder das Thier entflohen, oder beide (so wie bewegliche Sachen) als Gegenstand des Kaufcontracts gestohlen worden sind, in so fern nur nicht vis major mit ins Spiel kam: denn bey dieser muß immer Entschuldigung eintreten. Weil sich aber über das äußerste Ende der diligentia exactissima kein Urtheil fällen läßt, so muß der Verkäufer das Daseyn der vis major beweisen, wenn er von seiner Verpflichtung zum Schadensersatz befreyet seyn will. So lange er solche nicht nachgewiesen hat, bleibt immer die Vermuthung der culpa gegen ihn, und wenn er auch bewiese, alle nur denkbare Sorgfalt angewendet zu haben. Die vis major muß aber von außen kommen, kommt sie von innen (z. der Sclave oder das Thier bricht aus), so ist es allemal Culpa des Verkäufers, daß er die Sache nicht genauer bewahrt hat. Daraus kann man denn schließen, daß bey Diebstählen nur Einbrüche den Verkäufer entschuldigen: wohl nur am Ende solche, wo von außen eingebrochen wird, denn geschah ein Einbruch in dem Innern des Gebäudes, so, scheint es dem Inhaber zur Last zu fallen, daß solcher nicht verhütet worden ist.

Es ist bemerkt worden, es sey in dem Institutionentext nur die Rede von Sclaven, Thieren und beweglichen Sachen. Es frägt sich, was ist Rechtens bey verkauften unbeweglichen, zu deren custodia sich der Verkäufer besonders anheischig gemacht hat. Kann, was von beweglichen

Sachen gilt, auch auf die unbeweglichen angewendet werden? Ich glaube allerdings, denn die Gründe sind hier ganz dieselben. Wer die custodiam eines verkauften Hauses besonders übernommen hat, garantirt dem Käufer alle denkbare Zerstörungen die von innen kommen. Wird von außen Feuer angelegt, oder geht die Sache sonst durch vis major zu Grunde, so ist der Verkäufer allein entschuldiget: ohne das nicht y).

Gewaltig ändert sich die Sache, wenn der Käufer sich Verzug hinsichtlich seiner Obliegenheiten beym Kaufcontract hat zu Schulden kommen lassen. Der Verkäufer haftet nunmehr nur für dolus und die dem dolus gleichstehende culpa lata.

---

y) Aber soll denn das Erbieten zum Beweise „alle menschmögliche diligentia angewendet zu haben" hier auch gar nicht in Betracht kommen? Fordern doch die Gesetze nur diligentissimam et quae pene modum excedit observationem, und ist diese observatio doch noch immer von dem casus fortuitus verschieden? Wohl wahr, aber der Beweis läßt sich nicht anders als eben dadurch führen, daß der Schaden in einer vis major seinen Grund habe. Das Daseyn derselben begründet ja das damnum fatale: der sogenannte casus fortuitus ist noch immer nicht vis major: wer sich zur custodia besonders verpflichtet hat, ist auch ihn zu tragen verbunden.

Die vis major, durch welche das damnum fatale begründet wird, ist hier also die Grenze, sobald es einer durch Vertrag noch besonders übernommenen custodia beym Kaufcontract gilt. Unterschieden von der Uebernahme der custodia ist die Uebernahme der Pericel, gleichviel, ob die Pericel ohne weiteren Zusatz, oder mit dem Zusatze „alle" übernommen wird. Wer die Pericel einer Sache übernimmt, haftet auch ohnstreitig für damnum fatale. Man kann nicht einwenden, es sey vernünftiger Weise nicht anzunehmen, daß der Verkäufer sich auch zu damnum mere casuale verpflichten wollen, wenn er bloß die Pericel übernommen hat, die Uebernahme sey bloß von der custodia zu erklären, und begreife nicht mehr und nicht weniger in sich, als was Theophilus unter der custodia versteht. Es kam ja nur auf ihn an, sich bestimmter über die Sache zu erklären.

Es bleibt indeß die Frage, von welcher mora das zu verstehen: von der mora in accipiendo, oder auch von der mora in solvendo pretio. Ich glaube: nur von der ersteren, denn die letztere kann an der obligatio des Verkäufers zur exactissima diligentia nichts ändern z).

---

z) Die Gesetze sind hier allerdings nicht entscheidend. *Dig. XVIII*, 6, *L.* 5. heißt es „Si per emtorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari etc. Hier ist klar nur von der mora in accipiendo oder tollendo die Rede. *Dig. c. l. et t. L.* 17. wird gesagt: Illud sciendum est, cum moram emtor adhibere coepit, jam non culpam sed dolum malum tantum praestandum a venditore. Hier scheint zwar im Allgemeinen von der mora emtoris die Rede zu seyn: daß Pomponius, aus dessen Libr. XXXI. ad Quint. Mucium das Fragment ist, ganz allgemein reden wollen, scheint auch noch insbesondere aus dem Nachsatze „Quod si per venditorem et emtorem mora fuerit, Labeo quidem scribit, emtori potius nocere quam venditori, moram adhibitam: sed videndum est, ne posterior mora damnosa ei sit. Quid enim si interpellavero venditorem et non dederit id, quod emeram, deinde posteriore offerente illo, ego non acceperim? Sane hoc casu nocere mihi deberet. Sed si per emptorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit, cum posset se exsolvere, aequum est, posteriorem moram venditori nocere" zu erhellen: indeß wenn man das Gesetz genauer ansieht, wird bald klar, daß doch auch nur von dem Falle die Rede ist, wo sich der Käufer moram in accipiendo zu Schulden kommen lassen. Nirgends wird bestimmt gesagt, daß der Verzug in Bezahlung des Kaufgeldes den Verkäufer der ihm auferlegten exactissima diligentia enthebe. Es kommt also allein auf die Untersuchung der Frage an: Sind beide morae einander völlig gleich zu stellen, oder muß die mora hinsichtlich des zu bezahlenden Kaufgeldes nach andern Grundsätzen beurtheilt werden, und warum? Ich glaube, sie muß darum nach andern Grundsätzen beurtheilt werden, weil, mag der Termin zur Bezahlung des Kaufpretiums festgesetzt seyn oder nicht, der Verkäufer sich stillschweigend zur Beobachtung der gesetzlich vorgeschriebenen diligentia verbunden hat, so lange die Sache rechtlicher Weise in seinen Händen bleiben, und er sich derselben als einer res com-

In wie fern läßt sich beym Kaufcontract nach der diligentia des Verkäufers hinsichtlich der verkauften und noch nicht tradirten Sache noch eine zweyte diligentia annehmen, und ist diese diligentia nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, nach welchen die erstere diligentia beurtheilt werden mußte? Ich finde die Frage nirgends gehörig beantwortet. Daß der Verkäufer schuldig ist, eine der Bedingung des Kaufcontracts gemäße, und nicht fehlerhafte Sache, eine rem sanam u. s. f. zu prästiren, ist bekannt, eben so bekannt, daß wenn er diesen Verbindlichkeiten nicht Genüge geleistet hat, meist auf Rescission des Kaufcontracts geklagt werden kann. Davon ist hier aber nicht die Rede, sondern allein davon, was Rechtens sey, wenn durch das Zuwiderhandeln dieser Obliegenheiten Schaden angerichtet worden, welcher Grad der Culpa ihm dem

---

modata bedienen kann. Beides ist der Fall, so lange das Kaufpretium nicht gezahlt worden ist. Hinterher ändert sich das ganze Verhältniß. Tradirt er nach bezahltem Kaufgelde die Sache nicht gleich, so ist er im Verzuge, der nicht nur alle Pericel auf ihn wälzt, sondern ihn auch verantwortlich macht, wenn er die Sache weiter braucht. Will der Käufer die Sache (ohne rechtmäßige Gründe zur Verweigerung zu haben) nicht annehmen, so ändert sich wieder die Sache. Alle Pericel, selbst auch die, die aus culpa levis des Verkäufers entstand (denn dieser ist jetzt nicht mehr zur Beobachtung der exactissima diligentia, nicht einmal mehr zur Beobachtung der media verbunden) geht nunmehr auf den säumigen Käufer über, der venditor kann also bloß noch de dolo nnd culpa lata haften.

Ein besonderes Interesse gewährt übrigens noch der hinsichtlich des Kaufcontracts *Dig. XVIII, 6, L. 19.* ausgesprochene Satz, daß wenn der Käufer sich in Ansehung der Bezahlung des Kaufgeldes einen Verzug zu Schulden kommen läßt, er dem Verkäufer zu weiter nichts als zur Bezahlung der Verzugszinsen pflichtig seyn soll, wogegen dieser, wie oben gezeigt worden, wenn er einen Verzug in Hinsicht der Ablieferung der verkauften Sache begeht, zum reellen Schadensersatz verurtheilt werden kann. Der Grund der Verschiedenheit der Rechte ist hier so einleuchtend, daß er weiter keiner Erörterung bedarf.

Verkäufer hier zum Behuf der Entschädigung zur Last gelegt werden könne, z. B. er hat ein rotziges Pferd verkauft, durch welches andere Pferde angesteckt worden sind.

Die Gesetze unterscheiden hier, ob wissentlich eine fehlerhafte Sache verkauft worden, oder unwissentlich [a]). Im ersten Fall soll aller Schade ersetzt werden, der dadurch angerichtet worden ist, und wird dabey namentlich des pecoris contagiosi gedacht. Im letztern Fall dagegen wird der Verkäufer vom Schadensersatz frey gesprochen. Die Gesetze kümmern sich darum nicht, ob er, wenn er Aufmerksamkeit angewendet hätte, die schadhafte und schädliche Beschaffenheit der Sache in Erfahrung hätte bringen können oder nicht. Sie verbinden ihn daher eigentlich in dieser Hinsicht zu gar keiner diligentia. Und warum nicht? Sehr natürlich aus zweyerley Gründen. 1) Weil nicht ihm, sondern den Käufer die Verbindlichkeit auflag, den Zustand der Sache zu erforschen. Er, der Verkäufer ist bloß schuldig, die ihm bekannten Fehler anzuzeigen. 2) Weil es oft selbst bey dem besten Willen nicht möglich ist, den wahren Zustand der Sache zu erforschen, und des Streitens kein Ende seyn würde, wenn man hier dem Verkäufer eine bestimmte diligentiam auch nur minimam auferlegen wollte. Die Gesetze müssen daher bey dem Unterschiede zwischen Wissen und Nichtwissen stehen bleiben.

Man kann annehmen, die diligentia, welche die Gesetze beym Kaufcontract von dem Verkäufer fordern, komme überall nur in Betracht, wo es sich de re tradenda handelt. Hier muß aber die diligentia, und zwar in dem obenbemerkten Grade, nicht bloß in Hinsicht der verkauften Sache selbst, sondern auch alles dessen, was derselben anhängt, und der Verpflichtungen, welche der Verkäufer dabey noch

---

a) *Dig. XIX, 1, L. 13 pr.*

besonders übernommen hat, z. B. der Beytreibung der rückständigen Pachtgelder und Zinsen beobachtet werden [b]).

§. 177.

II. Bey der locatio conductio darf die praestatio culpae durchaus nicht nach einerley Grundsätzen beurtheilt werden, obgleich solches meist geschieht, ja oft genug mit der trivialen Bemerkung, daß die Interessenten sich einander dolum und culpam levem zu prästiren hätten, das Ganze abgefertigt wird. Es sind hier vor allen Dingen die verschiedenen Gattungen der locatio conductio zu unterscheiden. Bekanntlich ist die locatio conductio entweder rei, oder operarum, oder endlich operis. Ich unterscheide die conductio operis von der conductio operarum darum, weil bey der ersteren eigentlich das opus, bey der letzteren hingegen die operae Gegenstand der locatio conductio sind. Denn es macht schon nach der Natur der Sache einen großen Unterschied, ob ich jemandes Dienste gegen Lohn dinge, oder eine Arbeit — ein opus bey ihm verdinge. In die Kategorie der conductio operis gehören auch alle Geschäfte, deren Zweck sowohl die Reparatur einer Sache als das Schaffen von etwas Neuem gegen einen gewissen Lohn ist, möge solches aus eigenem Material oder aus fremdem und eigenem Material zugleich geschehen; desgleichen, wo die ganze Verrichtung bloß im Transport von Sachen und Personen oder andern denkbaren Prästationen dieser Art besteht. Ist es dabey gleich nicht immer möglich, den Lohn gleich von vorn herein zu bestimmen, wie bey der locatio conductio sonst Regel ist, und sind gleich mehrere dieser Geschäfte im Grunde gemischter Natur (nämlich aus dem Kauf- und Miethscontract zusam-

---

b) *Dig. c. l. t. et L. §. 16.* und *Dig. XVIII, 1, L. 68.*

mengesetzt), so müssen sie doch nach ihrem vorzüglichen Character zur locatio conductio gezählt werden, wobey noch keinesweges die Mitanwendung der von der emtio venditio geltenden Grundsätze ausgeschlossen wird.

Wir wollen uns zuerst mit der locatio conductio rei beschäftigen. Die Frage über die praestatio culpae kann hier vorzugsweise nur den Miethsmann und Pachter betreffen, doch wird, wie beym Kaufcontract, auch noch zu untersuchen seyn, in wie fern der Vermiether culpam, und welche er zu prästiren habe.

Man vertraut bey dieser Gattung des Miethscontracts seine Sachen fremden Händen an, wie beym Commodat. Beym depositum und pignus geschieht das auch zwar, aber es macht einen großen Unterschied, wie man einem Andern etwas anvertraut: so, daß er es bloß verwahrt, oder so, daß er es zugleich nutzt. Im letztern Fall ist das Zutrauen immer größer, es verpflichtet seiner Natur nach den Andern zu einer größeren diligentia, hinsichtlich der ihm vertrauten Sache, als im ersteren Fall. Ob man Besitz und Gebrauch seiner Sache dem Andern unentgeldlich oder gegen einen gewissen Lohn — Pachtgeld — *locarium* überläßt, scheint doch im Grunde gleichgültig zu seyn. Es kann nicht gesagt werden, man sehe bey der locatio conductio nicht so auf die Person, wie beym Commodatum: man hütet sich wohl, seine Sache einer Person zu vermiethen oder zu verpachten, von welcher man weiß, daß sie solche zu Grunde richtet, oder dieß auch nur von ihr fürchtet: eher geht man ein Commodat ein, bey welchem man riskirt: eine oder die andere Ausnahme, wo man eine Sache, die man für nicht viel werth hält, an jeden vermiethet, der da kommt, macht noch keine Regel. Man kann nur sagen, locatio und conductio und commodatum unterscheiden sich darin, daß bey den ersteren ein locarium statt findet, bey

dem letzteren nicht, und daß bey dem letzteren mehr freundschaftliche Verhältnisse als bey den ersteren zum Grunde liegen. Auch diese freundschaftlichen Verhältnisse kann man nicht immer beym Commodat annehmen, denn wie oft trifft es sich nicht, daß besondere Umstände das Commodat nöthig machen. Schon diese Reflexionen, noch mehr aber der Umstand, daß wenn von der praestatio culpae die Rede ist, so oft in den Gesetzen locatio conductio und commodatum mit einander verglichen werden, hätte darauf aufmerksam machen sollen, daß es mit dem Satze, bey der locatio conductio werde nur culpa levis prästirt, nicht so ganz seine Richtigkeit haben dürfte.

Gesetze haben wir nicht, die deutlich aussprechen, welchen Grad der diligentia der Miethsmann und Pachter zu prästiren habe. *Dig. XIX, 2, L. 11, §. 3, L. 13, §. 1.* und *L. 25, §. 7.* reden insgesammt nur von verdungenen Transporten von Waaren oder Sachen, also von einer andern Gattung der locatio conductio, als wovon hier die Rede ist. So könnte man auch *Cod. IV, 65, c. 28.* „In judicio tam locati quam conducti, dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constat" seines generellen Inhalts ungeachtet, auf eine Gattung der locatio conductio beschränken, weil man doch den Fall nicht kennt, in welchem das Rescript ergangen ist, und in der Pandecten-Compilation nur, wenn ein Transport von Waaren oder Sachen bedungen worden, die Prästation der culpa levissima ausgesprochen findet. Aber deutlich ist *Instit. III, 24, §. 5.* — — Qui pro *usu* aut *vestimentorum*, aut *argenti*, aut *jumenti*, mercedem aut dedit, aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet: quam si praestiterit, et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur".

ausgesprochen worden, daß auch bey der locatio conductio rerum culpa levissima prästirt werden soll.

Nur ist die wichtige Frage: geht diese Bestimmung generell auf die locatio conductio rerum, oder nur auf die gewisser Sachen? Geht man von dem Gesichtspunct der custodia aus, so muß man sich geneigt fühlen, die Bestimmung zu generalisiren, denn die unbeweglichen Sachen bedürfen eben so gut der custodia als die beweglichen. Zwar hat man bey den ersteren nicht so viel zu fürchten als bey den letzteren: sie können nicht gestohlen, nicht zerbrochen werden u. s. f. Aber die Gebäude können durch Vernachlässigung ruinirt werden; sie können durch Feuer zerstört werden; die Aecker können ersaufen u. s. f. Geht man dagegen davon aus, daß in dem Gesetze nur — und wohl absichtlich — Sachen genannt worden sind, die vorzüglich der custodia darum bedürfen, weil sie so leicht der Entwendung und Vernichtung ausgesetzt sind, so muß man sich wieder geneigt finden, die gesetzliche Bestimmung auf die Fälle zu beschränken, von welchen namentlich und ausdrücklich die Rede ist. Warum, möchte man fragen, wird hier bloß mit Beziehung auf einzelne vermiethete Sachen gesagt, was so leicht und so natürlich für alle hätte gesagt werden können, wenn es nicht bey den Römern angenommener Grundsatz gewesen wäre, daß nur mit Hinsicht auf sie allein, nicht auch mit Hinsicht auf andere Sachen culpa levissima prästirt werden solle? Es kommt hinzu, daß es in der citirten Stelle der Institutionen zu Anfang heißt „Conductor autem omnia secundum *legem* conductionis facere debet, et si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo praestare" und hierauf das oben abgeschriebene „Qui pro usu etc." folgt. Man könnte daraus schließen, bey der locatio conductio unbeweglicher Sachen sey gar kein gradus diligentiae s. culpae bestimmt worden: alles sey hier dem vernünftigen Ermessen des

Richters überlassen geblieben, nur bey der locatio conductio beweglicher Sachen sey hinsichtlich der custodia alles dem Commodat gleichgestellt worden.

Irre ich nicht, so war es Sitte bey den Römern, wenn Grundstücke vermiethet oder verpachtet wurden, die Rechte und Verbindlichkeiten der Interessenten genau zu bestimmen, welche Bestimmungen denn die lex conductionis ausmachten. Auch über die custodia wurde alles genau bestimmt [c]). Darum scheint auch **Theophilus** bey den Worten „facere debet" recht ängstlich „hoc est" secundum ea, quae in re gerenda cauta sunt hinzuzufügen, um vor allen Dingen auf die **vertragsmäßigen** Beredungen zu verweisen. Entschieden diese nichts, so blieb freylich nichts als Recurs zu den gesetzlichen Bestimmungen übrig. Aber da wo auch diese fehlen, wird die Entscheidung dem vernünftigen Ermessen des Richters überlassen.

Nun waren aber keine gesetzliche (**wirkliche** oder durchs **Herkommen** eingeführte gilt hier gleichviel) Bestimmungen über die praestatio culpae bey der locatio conductio der Immobilien vorhanden, in so fern es sich nämlich um die custodia dieser Sachen handelte. Sie existirten bloß bey der locatio conductio der Mobilien. Die Verfasser der Institutionen wußten das sehr wohl. Darum verweisen sie bey der locatio conductio der Immobilien vorerst auf legem conductionis, und in dessen Ermangelung auf das aequum et bonum: bey der locatio conductio der Mobilien hingegen sprechen sie sich deutlich über die praestatio culpae aus.

Man könnte gegen diese Erklärung einwenden, daß ja bey den verdungenen Waaren, Transporten und noch anderen

c) Dieß erhellt aus mehreren Stellen in der Pandecten-Compilation so deutlich, daß kein Zweifel übrig bleiben kann, z. B. *Dig. XIX*, 2, *L.* 11.

ren Fällen der locatio conductio in der Pandecten-Compilation Grundsätze über die praestatio culpae feststünden, die doch auch von den Verfassern der Institutionen hätten aufgeführt werden müssen, wenn sie zur Absicht gehabt hätten, die Regel mit ihren Ausnahmen aufzustellen. Allein, man kennt ja die Unvollständigkeit des Institutionenwerks, wobey es auf den ersten Unterricht angesehen war, und man für nichts mehr Sorge trug, als die Anfänger nicht zu überladen. Bey der Frage über die praestatio culpae schien es völlig zu genügen, die locatio conductio rerum zur Grundlage zu machen und zu sagen: die lex locationis conduct. müsse darüber in der Regel entscheiden, entscheide diese nichts, so müsse der Richter mit seiner Entscheidung de aequo et bono eintreten; nur bey der locatio conductio mobilium sey angenommen, daß der conductor culpam levissimam prästire (in der Voraussetzung nämlich, daß dabey nichts besonders verabredet werde, und verabredet worden sey).

Vorzugsweise wird aber die gegebene Erklärung gerechtfertigt durch den unsichern Tact, den man durchgängig in der Pandecten-Compilation antrifft, in so fern es sich nämlich um die praestatio culpae des Miethers oder Pachters unbeweglicher Sachen handelt. *Dig. XIX, 2, L 9, §. 3.* heißt es: Si colonis praediorum, lege locationis, ut innocentem ignem habeant, denunciatum sit, si quidem fortuitus casus incendii causam intulerit, non praestabit periculum locator: Si vero culpa locatoris, quam praestare necesse est damnum fecerit, tenebitur. Fast gleichlautend damit ist *Dig. c. l. et t. L. 11 pr.* und *§. 1*, außer daß hier noch die Frage, in wie fern der Miethsmann einzustehen habe, erörtert wird, welche vollständiger bey der lex Aquilia entschieden wird. Der §. 2. des oben angeführten Gesetzes sagt ganz allgemein „Item prospicere debet conductor, ne in aliquo vel jus rei vel corpus deterius faciat, vel fieri patiatur."

Von einem gewissen Grade der diligentia ist hier nirgends die Rede, der Institutionentext mahnt auch das „culpa" weder von der culpa levissima noch von der culpa lata (wie man gewöhnlich annimmt, wenn kein besonderer Grad der culpa bestimmt worden ist) zu verstehen.

Nach meiner Ueberzeugung bestimmen also weder die Pandecten noch die Institutionen etwas über die praestatio culpae bey der locatio conductio der Immobilien, sondern überlassen hier alles dem vernünftigen Ermessen des Richters, der de aequo et bono bestimmen mag, wo der Miether oder Pachter Entschädigung zu leisten hat und wo nicht.

Da das oben ausgeschriebene Rescript im Codex im Betracht des darüber Gesagten hier nicht als derogirend erscheinen mag, so würde man annehmen können, daß noch jetzt der Miether oder Pachter unbeweglicher Sachen gesetzlich zu keiner bestimmten diligentia verpflichtet sey, sondern die Frage, welche Culpa er zu prästiren habe, in vorkommenden Fällen lediglich dem Urtheil des Richters überlassen werden müsse, wenn nicht ein Umstand in Betracht käme, der mir allein hier entscheidend zu seyn scheint.

Nämlich der Codex repetitae praelectionis ist jünger als die Pandecten und die Institutionen sind. Ob das Rescript, von welchem die Rede ist, in dem ersten Codex Justinians stand, bleibt die Frage. Auf welche Veranlassung es erging, und wie eigentlich der Fall beschaffen war, über den es entschied, geht uns nichts an: wir müssen es in der Nudität, in welcher es da steht, erfassen und anwenden. Es spricht generell über die locatio conductio ab: es schreibt vor, daß der Miether nur nicht für den Schaden haften soll, der sich durch einen ganz von der Culpa unabhängigen Zufall ereignet hat. Es verordnet also zugleich, daß für alle Fälle der locatio conductio von ihm culpa levissima prästirt werden soll. Dem Rescripte liegt ganz der Geist zum Grunde,

der andern Verordnungen über die praestatio culpae bey der locatio conductio mobilium, dem Verdingen der Waaren und Sachen zum Transport ꝛc. eigen ist, und in welchem die locatio conductio ganz richtig dem Commodatum gleich gestellt wird. Wir müssen daher annehmen, daß auch bey der locatio conductio unbeweglicher Sachen der Miethsmann oder Pachter culpam levissimam zu prästiren habe.

Nehmen wir also nach dem Codex durchgängig bey der locatio conductio rerum culpam levissimam an, so frägt es sich nur noch: Ist culpa in abstracto oder in concreto zu leisten.

Der Institutionentext verbindet, wie wir oben gesehen haben, nur zur culpa in concreto, sehr der Natur der Sache gemäß. Durch den Codex ist in diesem Punct nichts abgeändert worden, folglich dürfte es dabey sein Bewenden behalten müssen.

Aber jetzt ist noch zu untersuchen, wie weit die praestatio culpae levissimae hier gehe. Für die custodia ist sie doch nur angenommen: alles was über die custodia hinausgeht, fällt daher nicht in die gesetzliche Bestimmung. Man kann daher nicht sagen, der Pachter müsse auch hinsichtlich der Bewirthschaftung des Guts, der richtigen Benutzung der Holzungen u. s. w. culpam levissimam prästiren. Er ist dazu nur in so fern verbunden, als es der custodia gilt, nämlich, daß dem Pachtgute keine Gerechtsame entzogen werden, den Gebäuden ꝛc. kein Schade zugefügt wird. Es ließe sich wohl annehmen, auch durch eine unrichtige Wirthschaft könne das Pachtgrundstück deteriorirt werden, und in so fern ist er freylich auch zur praestatio der culpa levissima allerdings verbunden, weil er die Substanz vor allem Schaden bewahren soll: indeß ist doch meistentheils der Schade, welcher durch übele Wirthschaft angerichtet wird, nicht von dauerndem Einfluß auf das Grundstück selbst. Ich würde

für alles, was über die custodia unmittelbar oder mittelbar hinausgeht nur culpam levem annehmen.

Wir haben hier den Fall, wo beide Theile Vortheile aus dem Contracte haben (wenn gleich nicht wirkliche, doch eingebildete, weil bey der locatio conductio rerum das locarium immer mit dem Ertrag der Grundstücke im gleichen Verhältniß gedacht wird) und doch nicht culpa levis, sondern levissima geleistet wird. Diese beyläufige Bemerkung stehe hier zu dem Ende um auf die Trüglichkeit des Satzes, daß wo beide Theile Vortheile aus einem Contract haben, sie sich einander nur culpam levem zu leisten brauchen, aufmerksam zu machen.

Bekanntlich gehörte die Emphyteusis ehedem mit zur locatio conductio und wurde erst in der neueren Zeit davon getrennt. Es ist wohl nicht zweifelhaft, daß man in der älteren Zeit den Emphyteuta auch hinsichtlich der praestatio culpae ganz nach den Regeln der locatio conductio beurtheilte. Aber dürfte diese Beurtheilung noch nach dem neueren Rechtssystem statt finden?

Ich glaube allerdings. Die viel größeren Rechte, welche der Emphyteuta an der Emphyteusis hat, können keine Veränderung in den Grundsätzen von der culpae praestatio hervorbringen: gerade die Einräumung derselben muß ihn zu desto größerer Sorgfalt verbinden. Alle und jede Deteriorationen der Sache, in so fern nicht nachgewiesen werden kann, daß sie in einem Zufall ihren Grund haben, fallen ihm daher zur Last, wenn von Rückgabe der emphyteutischen Sache die Rede ist.

So viel hiernächst die locatio conductio operarum und operis betrifft, scheint es schon in der Natur der Sache zu liegen, daß dabey ganz andere Grundsätze hinsichtlich der praestatio culpae statt finden müssen. Die Analogie vom Commodatum paßt hier durchaus nicht: umgekehrt könnte man annehmen, daß wer des Andern Dienste dingt oder ein

opus bey ihm verdingt, sich ganz auf denselben verlasse, eher also der Vermiether als der Miether dem Commodatar gleich zu stellen sey. Zwar vertraut man, wenn man seine Dienste unbedingt verdingt, auch seine Person zugleich dem Andern an; indeß hat dieß Anvertrauen mit dem Anvertrauen der Sachen doch auch nicht die entfernteste Aehnlichkeit: man bleibt ja zugleich seiner Person und Handlungen so viel mächtig, daß man selbst einen aus der Anwendung der letzteren entspringenden Schaden verhüten kann. In einigen Fällen nähert sich die locatio conductio operarum und operis dem Mandatum, aber nirgends dem Commodatum. Aller dieser Gründe wegen scheint auch die Lehre von der praestatio culpae dabey nach besonderen und eigenthümlichen Grundsätzen beurtheilt werden zu müssen, und sie wurde auch bey den Römern wirklich darnach beurtheilt.

Eben so gehen nach eigenen Grundsätzen hinsichtlich der praestatio culpae diejenigen Geschäfte, welche zwar im Allgemeinen unter die Kategorie der locatio conductio gebracht werden, aber doch eigentlich gemischter Natur sind, und welche zum Theil *Inst. III, 24, §. 1* und *2.* aufgezählt werden, z. B. Si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta etc. — Si forte rem aliquam tibi utendam sive fruendam quis dederit, et invicem a te aliam utendam sive fruendam acceperit etc.; „si cum unum bovem quis haberet, et vicinus ejus unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commodarent ut opus facerent, et apud alterum bos perierit. Denn für alle diese Fälle wird weder actio locati conducti, noch actio commodati, noch sonst eine Contractklage, sondern bloß actio praescriptis verbis zugelassen: woraus auch ganz natürlich folgt, daß man nicht so geradehin anwenden kann, was bey einem genannten Contract über die praestatio culpae vorgeschrieben worden ist.

Es dürfte sich die Mühe lohnen, die Frage über die praestatio culpae hier in genauere Untersuchung zu ziehen, als bisher geschehen ist.

Welche culpa man demjenigen zu prästiren habe, dessen Dienste man gedungen, und ihn durch die Anwendung derselben beschädigt hat, ist nirgends in den Gesetzen deutlich bestimmt worden. Z. B. man hat einen Domestiken zu einer Arbeit gebraucht, bey welcher er Schaden genommen hat [d]). Daß es hier ohne culpae praestatio nicht abgehen könne, ist wohl klar, die Frage bleibt nur, welche Culpa, und unter welchen Umständen solche überall zu prästiren.

Ich glaube, es ist hier zu unterscheiden, ob die Dienste zu gewissen Arbeiten, mögen sie so gefahrvoll seyn als sie wollen, gedungen worden sind, oder nur im Allgemeinen. Im erstern Falle ist der welcher sie dingt, zu gar keiner diligentia weiter verbunden; es gälte denn unterlassenen Vorrichtungen, ohne welchen die Dienste nothwendig für den sie leistenden schädlich werden mußten. Die unterlassene Vorrichtung verpflichtet ihn zum Schadensersatz: culpam levissimam kann man ihm jedoch nicht imputiren, weil es ja auch in der Gewalt des Dienstthuenden stand, die Arbeit ohne die nöthigen Vorrichtungen nicht zu unternehmen. Nach meiner Einsicht würde ihm nur culpa levis zugerechnet werden können.

Anders verhält sich aber die Sache, wenn bloß Dienste im Allgemeinen gedungen worden sind. Wer solche verdingt, rechnet dabey auf die loyalität des Miethers, daß er ihm keine gefahrvolle Arbeit ansinnen, noch sonst die Dienste in einem Geschäft gebrauchen werde, in welchem die Leistung für ihn den Dienstthuenden mit nachtheiligen Folgen verknüpft

d) Die Grundsätze von Sclaven können hier nicht zur Anwendung gebracht werden, denn das Verhältniß ist ein ganz anderes.

ist. Er überläßt die Beurtheilung des Gebrauchs und der Anwendung der zu leistenden Dienste in dieser Hinsicht ganz dem Miether. Das Verhältniß ist hier noch fast enger als bey der locatio conductio rei, wenn auch gleich die Grundsätze vom Commodatum nicht zur Anwendung kommen können. Unter solchen Umständen wird auch das eigene Urtheil darüber, ob die anbefohlene Leistung eines Dienstes schädlich werden kann oder nicht aufgegeben, in so fern nicht die Schädlichkeit oder Gesetzwidrigkeit offen vorliegt. Wer fremde Dienste gedungen hat, muß daher in Ansehung derselben zur diligentia exactissima verpflichtet werden und ist schuldig, auch den durch culpa levissima verursachten Schaden zu erstatten, woraus sich das Verhältniß der Herrschaft zu dem Gesinde von selbst ergiebt.

Wegen des Falles, wo man einen Transport von Waaren und Sachen bedungen hat, sind deutliche gesetzliche Vorschriften über die praestatio culpae vorhanden. *Dig. XIX, 2, L. 25, §. 7.* heißt es Qui columnam transportandam conduxit, si ea dum *tollitur*, aut *portatur*, aut *reponitur* fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae *diligentissimus quisque* observaturus esset. Deutlich ist hier verordnet, daß aller culpa levissima in abstracto angerichteter Schade ersetzt werden soll, mag er beym Aufladen, während des Transports, oder beym Abladen angerichtet worden seyn. Das Gesetz entscheidet so bestimmt über die von den Frachtfahrern zu leistende Culpa, daß es wirklich zu bewundern ist, wie man darüber in der neueren Zeit noch hat fragen können [e]).

---

e) Ob mit einer Post, mit welcher man Sachen fortschickt, ein locatio conductio eingegangen werde, und ob man die nämliche diligentiam von ihr fordern könne, als wenn man mi

Wer als Sachverständiger ein opus conficiendum durch locatio conductio übernommen hat, ist auch exaxtissimam diligentiam anzuwenden schuldig. Die Erstattung des auch durch culpa levissima verursachten Schadens ist deutlich in den Gesetzen ausgesprochen worden. *Dig. XIX, 8, L. 13, §. 5.* heißt es „Si gemma includenda aut insculpenda data sit, eaque fracta sit, siquidem vitio materiae factum sit, non erit ex locato actio: si imperitia facientis, erit: huic sententiae addendum est, nisi periculum quoque in se artifex receperat: tunc enim, etsi vitio materiae id evenit, erit ex locato actio." Eben so wird jeder Andere, der als Sachverständiger seine Dienste verdungen hat, wenn dabey Beschädigungen vorgefallen sind, nur dann von dem Schadensersatze freygesprochen „si culpa caret" d. h. wenn ihm nicht die mindeste Nachlässigkeit zugerechnet werden kann *f*).

Hinsichtlich der Fälle, wo actio praescriptis verbis nur statt findet, oder auch actio ex locato und praescriptis verbis zusammen *g*), ist zwar nicht genau bestimmt worden,

---

einem Fuhrmann oder einem Schiffer den Transport von Gütern für einen gewissen Lohn bedingt, sollte doch wirklich gar nicht gefragt werden, und eben so wenig, welche culpa die Post zu prästiren habe, wenn die darauf gegebenen Güter wegkommen. So dankbar gewiß jeder dieß Institut des Staats anerkennen wird, so giebt es doch keine rechtlichen Gründe hinsichtlich der praestatio culpae eine andere Norm für die Posten als die für Fuhrleute sind, anzunehmen.

f) *Dig. c. l. et t. L.* 13. §. 1 und 2.

g) In dem oben aus den Institutionen citirten Texte wird gesagt, daß wenn jemand einem Kleider-Reiniger seine Kleidung zur Reinigung übergeben habe, und sie durch dessen Culpa weggekommen, so finde gegen denselben actio praescriptis verbis, nicht actio locati conducti statt. Dagegen wird *Dig. XIX, 2, L.* 13. §. 6. das Gegentheil behauptet, und actio locati gestattet. Es ist hier keinesweges ein Widerspruch, den Unterschied macht allein, daß in den Pandecten vorausgesetzt wird, es sey der Lohn vom Anfang an bedungen worden, in den Institutio-

welche diligentia zu prästiren. Aus *Dig. XIX, 2, L. 13, §. 6.* in Verbindung mit den oben citirten Gesetzen scheint indeß so viel hervorzugehen, daß derjenige, welchen man zur Reinigung seiner Kleider und anderer Sachen für einen bestimmten Lohn angenommen hat, in Ansehung der denselben zugefügten Beschädigung durchweg culpam levissimam zu prästiren habe [h]). Eben so ist unstreitig der Handwerksmann, welchen man Sachen zur Ausbesserung oder auch rohes Material, um daraus etwas zu machen, gegeben hat, culpam levissimam zu prästiren schuldig, wenn das Gegebene weggekommen oder beschädigt worden ist. Hinsichtlich der Arbeit selbst ist er so schon zur diligentia exactissima verpflichtet [i]). — Auch dürfte bey dem Fall, wo zwey Personen sich gegenseitig den Genuß ihrer Sachen verstattet haben, von beiden Seiten die praestatio culpae levissimae keinem Zweifel unterworfen seyn. Denn jeder ist hier zu der custodia verbunden, welche der Miethsmann in Ansehung

nen dagegen, man erwarte erst, was der Mensch fordern werde. War der Lohn von Anfang an bedungen, so war wirkliche locatio conductio vorhanden und fand actio locati statt. War die Bestimmung hingegen dem fullo erst nach geleisteter Arbeit überlassen geblieben, so mußte actio in f. praescr. verbis eintreten.

h) Selbst für den Schaden, der sich durch die so leichte Verwechselung der Kleidungsstücke, wenn er Mehrere bedient, ereignet, soll er ja haften. Ueberall treten ja hier hinsichtlich der custodia dieselben Grundsätze ein, wie bey der locatio conductio rerum mobilium.

i) Der Unterschied, der hier gemacht wird, ob die Sache in der Arbeit verdorben, oder sonst bey dem Arbeitsmann beschädigt worden ist, ist so ganz natürlich. Nicht so natürlich scheint es zu seyn, daß für beide Fälle culpa levissima prästirt werden müsse. Allein der Handwerksmann wird durch die Uebernahme der Arbeit in Ansehung der ihm mitgegebenen Sachen zu eben der custodia verpflichtet als der Miether einer beweglichen Sache. Denn er übernimmt gegen Lohn nicht nur die Arbeit, sondern auch die custodiam rei bis zur vollendeten Arbeit. Dieser Umstand ist allein entscheidend.

der ihm vermietheten und übergebenen Sache zu beobachten hat. So sehe ich auch keinen Grund ein, für den oben gedachten Fall „cum unum bovem quis haberet etc." eine andere praestatio culpae als die der levissima anzunehmen [k]).

Besonders wird in den Gesetzen diejenige locatio conductio herausgehoben, welche custodia einer Sache zum Zweck hat. Merkwürdig sind hierüber die Entscheidungen *Dig. XIX, 2, L. 40.* „Qui mercedem accipit pro custodia alicujus rei, is hujus periculum custodiae praestat [l]). *L. 41.* Sed de damno ab alio dato agi cum eo non posse Julianus ait. Qua enim custodia consequi potuit, ne damnum injuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum agi [m]) posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est." Es ist ganz gleichgültig, ob man einen Wächter besonders angenommen, oder eine Niederlage bey jemanden gemiethet, so daß sich der Vermiether zugleich zur custodia verpflichtet hat. Auf den letztern Fall geht besonders die Entscheidung des Marcellus, wenn man nämlich der übernommenen custodia zufolge die Sachen durch Andere hat bewachen lassen. Es wird gesagt, das ganze periculum custodiae laste auf demjenigen, welcher die custodia übernom-

---

k) Das Geschäft ist hier ein Compositum aus Miethscontract und Commodat. Nehme man also die Sache wie man wolle, so ist immer derjenige, welcher durch seine culpa levissima den Schaden verursacht hat, dafür verantwortlich.

l) So liest die Florentina nach der Göttinger Ausgabe. Die meisten Vulgatae haben in ejus periculum pro custodia, einige aber auch is hujus periculum praestat. Sämmtliche Lesarten lassen sich recht gut vertheidigen.

m) Das „esse" für agi in der Florentina ist offenbar verdorben, und ist daher die Lesart der meisten Vulgatae vorzuziehen.

men hat: also keinesweges der casus, welcher sich durch vis major ereignet hat, sondern nur, wo durch irgend ein Versehen seiner Seits, sey es auch noch so gering, die anvertraueten Sachen Schaden genommen haben. Wie eigentlich die sonderbar ausgedrückten Meinungen von Julian und Marcellus zu verstehen, wird hier nur alsdann klar, wenn man sich den Fall so denkt. Es hatte jemand die custodiam fremder Sachen gegen einen bedungenen Lohn übernommen. Es war keine Frage, daß er für allen Schaden zu stehen hatte, welcher den Sachen von ihm oder den Seinigen zugefügt wurde. Aber wenn nun ein Fremder die Sachen beschädigte? Hier, meint Julian, sey er von der Verbindlichkeit zur Entschädigung frey zu sprechen, denn bey aller custodia lasse sich doch eine solche fremde Widerrechtlichkeit nicht abhalten. Marcellus dagegen behauptet, es gebe doch Fälle, wo er in Anspruch genommen werden könne. Diese Fälle können aber keine andern seyn, als wo in der custodia irgend etwas versehen, und dadurch dem Fremden die Beschädigung möglich gemacht worden ist.

Welche Culpa prästirt nun aber bey der locatio conductio rerum der Vermiether oder Verpachter? Gesetzt, er vermiethet eine fehlerhafte Sache, oder eine fremde, welche der Miether nicht behalten kann. Nach *Dig. XIX, 2, L. 9.* „Si quis domum bona fide emtam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponius ait, nihilo minus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui, quod conduxit licere" in Verbindung mit der oben stehenden generellen Verordnung des Codex ist man wohl unbedingt zu antworten befugt: gleichfalls culpam levissimam. Hinsichtlich des Schadens, der dem Miethsmann oder Pachter durch die Entziehung der Sache erwächst, wird er ohnehin von dem Ersatze desselben

nicht anders befreyt, als wenn solche durch vis major geschehen ist n).

§. 178.

III. Daß bey der locatio conductio rei culpa levissima von dem Miethsmann oder Pachter prästirt wird, hat, wie wir gesehen haben, darin seinen Grund, weil man seine Sachen so ganz aufs Gerathewohl dem Andern hingiebt, und dieser dadurch, wie beym Commodat, zur diligentia exactissima verbunden wird. Der Nutzen, den beide Theile aus dem Geschäfte ziehen, wird doch auch gar nicht berücksichtigt. Beym Mandat giebt man seine Angelegenheiten so ganz in die Hände des Andern und gewisser Maaßen noch mehr, weil man hier gar nicht einmal so wie bey der locatio conductio und der societas eingreifen kann, wenn das Mandat gemißbraucht wird: eine augenblickliche Nachlässigkeit auch hier den größten Schaden anzurichten vermag. Eben so bringt es schon die Natur des Societätscontracts mit sich, sich und das Seinige ganz dem Socius und den von ihm getroffenen Arrangements zu überlassen. So sollte man schließen, bey beiden Contracten müsse eben so gut culpa levissima prästirt werden, besonders da hier noch ein engeres Band als bey der locatio conductio und dem Commodat vorhanden ist.

Beym Mandat ist auch aus dem Grunde, daß man sich ganz dabey dem Andern überläßt, und ihm zu überlassen

n) Für den Vermiether oder Verpachter gilt durchaus keine andere Entschuldigung wegen der gar nicht, oder doch nicht zur gesetzten Zeit geleisteten Sachen, als die Berufung auf vis major und deren Beweis. Ob derjenige, welcher Dienste verdungen hat, nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen sey, könnte gefragt werden, wenn hier nicht das Gesetz des Codex so allgemein entschiede. Daß übrigens der Schadensersatz hier zugleich das Interesse in sich begreife, versteht sich von selbst.

gezwungen ist, weil man nicht immer selbst seine Geschäfte besorgen kann, und daß der Mandatar es übernimmt, die fremden Geschäfte mit allem Fleiße und aller Treue zu besorgen, die praestatio culpae levissimae für den letzteren unbedingt angenommen worden. *Cod. IV, 35. const. 21.* heißt es „In re mandata non pecuniae solum cujus est certissimum mandati judicium, verum etiam existimationis periculum est. Nam suae quidem quisque rei moderator atque arbiter, non omnia negotia, sed pleraque ex proprio animo facit: aliena vero negotia *exacto* officio geruntur, *nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum est.* Eben so wird *Cod. c. l. et tit. const. 21.* „Procuratorem non tantum pro his quae gessit, sed etiam pro his quae gerenda suscepit, et tam *propter exactam* ex mandato pecuniam quam *non exactam*, tam *dolum* quam *culpam*, sumtuum ratione bona fide habita, praestare necesse est, und *const. 13.* A procuratore dolum et *omnem culpam* non etiam improvisum casum praestandum esse juris auctoritate manifeste declaratur" vom Procurator namentlich gesagt, daß er omnem culpam prästiren müsse und nur durch den nicht vorherzusehenden Zufall entschuldigt werde. Sprechen nun gleich die beiden letzteren Gesetze nur von einer Gattung der Mandatarien — den Procuratoren, so redet doch das erstere Gesetz ganz allgemein von Mandatarien, es ist auch um so weniger abzusehen, wie hier zwischen den Gattungen der Mandatarien unterschieden werden könnte, als die Gründe bey allen dieselben sind. Daß die Gesetze der Pandecten *Dig. XVII, 1, L. 8. §. ult. L. 10*, und *L. 29 pr.*, welche man zur Unterstützung der Behauptung, daß der Mandatar nur culpam latam prästire, weil er für die Ausrichtung der Geschäfte nichts erhalte (nach Römischem Recht ist bekanntlich alles mandatum gratuitum) nichts für diese Behauptung beweisen, hat Has-

se o) so ausführlich nachgewiesen, daß hier bloß eine Verweisung auf ihn nöthig ist: sie würden auch, wenn wirklich aus ihnen die Behauptung zu Tage läge, gegen die so deutlichen und derogirenden Gesetze des Codex nicht in Betracht kommen können. Man könnte annehmen, die *const. 21.* rede bloß von der custodia des zugleich anvertrauten Geldes, und sey die dem Mandatar auferlegte culpa levissima darauf zu beschränken. Allein der Nachsatz und die gebrauchten Entscheidungsgründe zeigen deutlich, daß von dem aufgetragenen Geschäfte in seiner Totalität die Rede ist. Unter solchen Umständen kann man denn auch die Analogie vom Societätscontract hier nicht brauchen, bey welchem, wie sich hernach zeigen wird, darum ein geringerer Grad der culpa prästirt wird, weil man sich einen besseren und klügeren Socius hätte aussuchen sollen. Ohne die deutliche gesetzliche Entscheidung würde der Grund auch wohl beym Mandate passen, obgleich sich auch hier einwenden ließe, daß beym Mandat kein so enges Verhältniß wie bey der Societät angenommen werden könne, und gerade das enge Verhälniß es mache, daß man sich mehr vorsehen müsse. Die Sache leidet auch durch das späterhin beym Mandat zugebilligte Nehmen des Honorars um so weniger eine Abänderung, als gerade dadurch die Verpflichtung des Mandatars noch stärker wird. Wird eine wirkliche merces constituirt, so geht das Geschäft in locatio conductio über, und findet daher auch hinsichtlich der praestatio culpae alles statt, was oben dabey gesagt worden ist p).

Wie das Mandat gegeben wurde und wenn es gegeben wurde, ist ganz gleichgültig. Man kann nicht zwischen Geschäften, deren Ausrichtung eine gewisse Kenntniß und Ge-

---

o) *Cit. l.* Seite 204

p) *Inst. III, 26, §. 13.*

schicklichkeit erfordert, und gemeinen Geschäften, die von jedem, der gesunden Verstand besitzt, ausgerichtet werden können, unterscheiden. Man überläßt sich in dem einen sowohl als in dem andern Falle ganz der Einsicht des Mandatars. Die Unterscheidung könnte etwa bloß zur Folge haben, daß wenn im letzteren Fall culpa in abstracto geleistet werden müsse, nur im ersteren Falle culpa in concreto zu leisten sey, indem wenn das Geschäft besondere Kenntniß und Geschicklichkeit erfordert, man auch mit derjenigen zufrieden seyn müsse, welche das Subject hat, an das man sich wandte. Eben so wenig läßt sich unterscheiden, ob das aufgetragene Geschäft bloß den Vortheil des Mandanten, oder zugleich den des Mandatars zum Zweck hatte. Eine Trennung der Pflichten ist hier nicht möglich, möchte sonst der Mandatar für sich fehlen wie er wollte: aber indem er für sich fehlt, fehlt er für seinen Mandanten zugleich und verletzt auch diesen. Die Analogie vom Societätscontract ist hier, wie sich gleich weiter zeigen wird, nicht anwendbar. Anders muß sich schon nothwendig die Sache verhalten, wenn das übertragene Geschäft allein den Vortheil des Mandatars berücksichtigte. Denn hier ist von culpae praestatio überhaupt nicht mehr die Rede, weil sonst der Mandatar sich selbst culpam prästiren müßte.

Aber welche culpa prästirt denn nun der Mandans dem Mandatar, z. B. er hat ihm ein Geschäft übertragen, wobey der Mandatar in Schaden kommt? War das Geschäft ein offenbar gefahrvolles und risquantes Geschäft, so kann man antworten, gar keine, weil der Mandatar das Geschäft nicht hätte übernehmen sollen. Davon ist aber auch nicht die Rede, sondern von einem an sich gar nicht gefährlichen oder risquanten Geschäft, das es nur dolo oder culpa des Mandanten geworden ist. Die Gesetze entscheiden über die Frage nicht: ich halte aber dafür, der Mandans war eben

so gut zur exacta diligentia verpflichtet als der Mandatar es ist.

So strenge die Gesetze es beym Mandat hinsichtlich der praestatio culpae nehmen, so nachsichtig scheinen sie dagegen bey der Societät zu seyn. Nach dem älteren Recht scheint gar nur angenommen gewesen zu seyn, daß ein Socius dem andern bloß wegen dolus hafte. Hernach scheint auch die culpae praestatio eingeführt worden zu seyn. Man sieht das klar aus *Inst. III, 25, §. ult.* Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur socii actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est: an etiam *culpae*, id est, desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est. Praevaluit tamen, etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem *non ad exactissimam diligentiam dirigenda est:* sufficit enim *talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet.* Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit de se queri debet, hoc est, sibi imputare debet. Hier ist jedoch eigentlich nicht ganz bestimmt, welchen Grad der Culpa der Socius zu prästiren hat, es heißt bloß, daß er auch culpam zu prästiren habe, und daß die culpa nicht auf die exactissima diligentia in abstracto zu beziehen sey. Man könnte daraus schließen, er sey wenigstens culpam levissimam in concreto zu leisten schuldig. Demungeachtet legt ihm die gemeine Meinung nur praestationem doli und culpae levis auf q). Die Pandecten-Compilation giebt über die Sache nicht viel größeren Aufschluß als die Institutionen geben. Die Hauptstellen auf welche man sich beruft, sind vielmehr mit den Institutionen gleichlautend. *Dig. XVII, 2, L. 52.* heißt es §. 1.

Ve-

q) Siehe z. B. *Westenberg pr. jur. civ. sec. ord. Pand. tit. pro socio* §. 34.

Venit autem in hoc judicium pro Socio *bona fides.* §. 2. Utrum ergo *tantum dolum* an *etiam culpam* praestare socium oporteat, quaeritur? Et Celsus libro septimo Digestorum ita scripsit, socios inter se *dolum* et *culpam* praestare oportet; und *L. 72. §. ult.* Socius etiam socio *culpae* nomine tenetur, id est *desidiae* atque *negligentiae.* Culpa autem *non ad exactissimam diligentiam dirigenda* est: sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet. Die letztere Stelle stimmt fast wörtlich mit den Institutionen zusammen, und die erstere sagt bloß allgemein, daß der Socius außer dem dolus auch noch culpam prästiren müsse. So wären wir denn durch die Pandecten-Compilation nicht weiter gebracht.

Daß es in Ansehung der zu prästirenden Culpa keinen Unterschied machen soll, ob die Socii alle Vermögen in die Societät inferirt haben, oder der eine oder der andere nur artem operas versprochen hat, ist deutlich *Dig. c. l. et tit. L. 62.* et *§. 2.* entschieden worden. Si in coeunda societate (heißt es daselbst) inquit, artem operamque pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, minimum ibi etiam culpa prastanda est: pretium enim operae et artis est velamentum. Quod si rei communis socius nocuit magis admittit culpam quoque venire. Der Socius ist hinsichtlich der versprochenen ars et operae wegen der begangenen Culpa verantwortlich: noch viel mehr ist er verantwortlich, wenn er durch seine Culpa der res communis, worunter hier doch nur das gemeinschaftliche Vermögen verstanden werden kann — nicht der gemeinsame Betrieb, denn dieser wird ja schon, wenn hinsichtlich der ars und operae Culpa begangen worden ist, verletzt — geschadet hat.

Aus allen diesen Stellen wird indeß der eigentliche Grad der Culpa, welchen der Socius zu prästiren hat, noch immer nicht mit völliger Gewißheit herausgebracht. Man kann sie von der culpa levissima in concreto erklären, und diese Erklärung ist unstreitig die natürlichste; man kann sie aber auch so erklären, daß gar kein Grad der Culpa in Betracht gezogen worden, sondern der Socius schon entschuldigt sey, wenn er nur die diligentiam angewendet, welche er bey seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt, und diese diligentia kann ja gar keine, es kann ja die höchste Nachlässigkeit und Liederlichkeit seyn. Ueberall ist es eine eigene Sache mit der culpa in concreto, weil sich bey manchen Menschen gar keine Grade darum unterscheiden lassen, weil sie durchgehends gleich nachlässig und liederlich sind.

Aus *Dig. XVII, 2, L. 62, §. 3.* „Damna quae in prudentibus [r]) accidunt, hoc est, damna fatalia socii non cogentur praestare" ließe sich etwa entnehmen, daß die Socii einander omnem culpam prästiren müssen und nur durch damnum fatale entschuldigt würden, besonders da vorher über die praestatio culpae allgemein gesprochen wird, ohne den zu leistenden Grad zu bestimmen, wenn nicht der Nachsatz: „ideoque si pecus aestimato datum sit, et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil *dolo* aut *culpa* acciderit ejus, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium ejus detrimentum est: quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit" die Bestimmung wieder beschränkte. Indeß läßt

r) Daß so, und nicht imprudentibus, wie die Florentina hat, gelesen werden müsse, ist wohl an sich klar. Es heißt so viel als „der Schade, dem auch gescheute Leute nicht ausweichen können. Daß nicht: in prudentissimis steht, ist ein Beweis mehr dafür, daß die Gesetze durchweg nur auf die individuelle Gescheutheit des Socius Rücksicht genommen wissen wollen.

sich solches auch als bloßes Beyspiel nehmen, und wenn wir überdieß noch Stellen finden [s]), worin es heißt, daß die Socii den Schaden wohl gemeinschaftlich tragen müssen, der sich durch bloßen Zufall ereignet, nicht aber das damnum quod culpa socii contigit, so könnte man sich doch geneigt fühlen von einem Socius exactissimam diligentiam in abstracto zu fordern, wenn nicht so deutliche Stellen da wären, welche die zu leistende diligentia auf die qualem socius adhibere solet in suis rebus beschränkten, und die Stellen, welche die culpa dem casus entgegen setzen, sich auch nicht so verstehen ließen, daß wohl der Socius jeden durch seine Culpa angerichteten Schaden tragen müsse, übrigens aber zum eigentlichen Schadensersatz (der mehr in sich begreift) nur dann schuldig sey, wenn er die diligentiam nicht beobachtet, qualem suis rebus adhibere solet.

Das Wahre von der Sache scheint zu seyn, daß ein Socius dem andern nicht bloß wegen der custodia, sondern auch wegen der zu dem Societätscontract gehörigen Handlungen zur culpa levissima verbunden sey, sich jedoch mit der Einrede helfen könne, daß er allen Fleiß angewendet, den er nur auf eigene Sachen anzuwenden pflege. So dürfte es überall hinsichtlich der Culpa zu nehmen seyn, wenn die Gesetze nur mit Berücksichtigung der Verstandeskräfte und Gewohnheiten eines Individuums die Culpa imputiren.

Eine Ausnahme von der Regel, glaube ich, muß jedoch für den Fall eintreten, wo der Socius im Auftrag der Societät ein gewisses Geschäft zu verrichten übernommen hat, z. B. einen Handel abzuschließen u. s. f. Zu den Verbindlichkeiten, welche er als Socius hat, kommt hier alsdann noch die obligatio eines Mandatars hinzu, welche wirkt, daß er als solcher auch alle einem Mandatar obliegende diligentia prästiren

---

s) *Dig. XVII*, 2, *L.* 52. §. 3 u. 4. u. *L.* 58 *pr.* u. §. 1.

muß. Kann man beym Mandat dem Mandanten nicht zum Vorwurfe machen, daß er sich einem Taugenichts anvertrauet, so kann man auch der Societät nicht vorwerfen, daß sie einen untauglichen Socius bevollmächtigt habe. Sie war dazu gewissermaaßen genöthigt, denn mit Societätsangelegenheiten macht man nicht gern einen Fremden vertraut. Daß sie über ihn als ihren Socius besser urtheilen können, als man meist über einen Fremden urtheilen kann, kommt hier auch um so weniger in Betracht, als die Gesetze die praestatio culpae auf Seiten des Mandatarius nicht nach der zwischen ihm und seinem Mandanten bestehenden Bekanntschaft ermessen.

§. 179.

IV. Beym mutuum, das sogleich Eigenthum des Empfängers wird, kann bekanntlich nur von culpae praestatio in so fern die Rede seyn, als durch Fahrlässigkeit fremde Gelder zum mutuum gegeben werden, durch deren Zurückforderung der Empfänger leidet. — Beym commodatum, depositum und pignus sollte man um so mehr gleiche Grundsätze über die praestatio culpae vermuthen, als es bey allen dreyen vorzugsweise der custodia gilt, und wenn auch das Commodat gewissermaaßen mehr Vertrauen als das depositum und pignus voraussetzt, und zum Gebrauch der Sache berechtigt, dieser Umstand doch eben keine Verschiedenheit in den Grundsätzen hervorbringen zu können scheint. Beym pignus wird ohnehin aus Noth die Sache in die Hände eines Andern gegeben, dem man sie sonst vielleicht am wenigsten anvertraut haben würde. Wiederum scheint beym depositum in gewissen Fällen das Vertrauen noch stärker zu seyn als beym commodatum, denn oft genug giebt man die werthesten Sachen zur Aufbewahrung, die man unter keinen Umständen als Commodat geben würde. Die Gesetze scheinen

indeß, auf diese Umstände so wenig, als auf den Hauptpunct — die custodia — Rücksicht genommen zu haben: ohne das ließe sich die Variation in den Grundsätzen über die praestatio culpae gar nicht erklären. Doch sehen wir die Bestimmungen über die culpae praestatio bey jedem Contract selbst an, und versparen das Urtheil bis zu dem endlichen Urtheil über das Ganze.

Hinsichtlich des Commodats möge hier zuerst *Inst. III, 14, §. 2.* stehen, worin es heißt: „At is qui utendum accepit sane quidem exactam (ob man exactam oder exactissimam liest, ist hier ganz gleichgültig, indem durch den Nachsatz doch die „exacta diligentia zur exactissima wird) diligentiam custodiendae rei praestare jubetur, nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam in suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresque casus non tenetur, si modo non hujus ipsius culpa hic casus intervenerit. Alioqui si id quod tibi commodatum est peregre tecum ferre malueris et vel incursu hostium praedonumve vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis." Klar wird hier alle denkbare diligentia von dem Commodarius gefordert: er soll sich auch damit nicht ausreden können, daß er allen Fleiß angewendet, den er auf seine eigenen Sachen zu verwenden gewohnt war: es kommt bloß darauf an, ob ein anderer diligentior seyn können: er, der Commodatar soll nicht nur culpam levissimam, er soll auch den casus fortuitus prästiren, sobald nur irgend seiner Seits eine Culpa dabey concurrirt. Nach dem angegebenen Beyspiel, wenn wir nicht weiter in den Geist der Gesetzgebung eindringen wollten, müßte er die res commodata überall bey sich zu Hause lassen, und dürfte sie nirgends mitnehmen, weil, wenn sie außer dem Hause ein casus fortuitus trifft, es ihm allemal zur Last fallen würde, daß er sie mitnahm. Allein die Stelle kann nur

von dem Falle verstanden werden, wo der Commodatar sich und die res commodata durch seine Fahrlässigkeit exponirte, oder res commodatas mit sich führte, die man nicht mit sich zu führen pflegt: ohne dem würde man eine rem commodatam nicht auswärts gebrauchen können, die man doch recht eigentlich zu diesem Zweck commodirt. Wollte der Commodatar die rem commodatam, welche er in seinem Beschlusse nicht mehr für sicher hielt, dadurch retten, daß er sie mit sich fortnahm, so dürfte ihm ohnehin nichts zur Last fallen, es sey denn, daß er sich durch Unbedachtsamkeit noch mehr aussetzte, als er schon bey sich ausgesetzt war. Sehen wir die Quelle an, aus welcher die Verfasser der Institutionen geschöpft haben, so dürfte noch ein beschränkterer Sinn anzunehmen seyn. Es ist *Dig. XLIV, 7, L. 1, §. 2.* ein Excerpt aus des Cajus *Libr. II. Aureor.* worin es heißt „— — Is vero qui utendum accepit, si majore casu, cui humana infirmitas resistere non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem quam accepit, amiserit, securus est: alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur: nec sufficit ei eandem diligentiam adhibere, quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire poterit. Sed et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur: veluti si quasi amicos ad coenam invitaturus, argentum quod in eam rem utendum acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit, et id aut naufragio aut praedonum hostiumque incursu amiserit." — Die Stelle stimmt mit einer andern gleichfalls aus Cajus, aber aus dessen *Libr. IX. ad Edict. provinc.* in *Dig. XIII, 6, L. 18. pr.* fast wörtlich überein. Es wird hier der Fall gesetzt, wo man die zur Bewirthung der Freunde geliehenen Sachen aufs Land schleppt oder über Wasser nach einem andern Orte hin, wo man das Gastmahl auszurichten gedenkt. Mögen sie da zu Grunde gehen durch welchen Zufall sie wol-

len, allemal fällt dem Commodatar der Untergang zur last, wenn auch dabey gar keine Culpa seiner Seits concurrirt, denn concurrirt diese, so ist er schon wegen Culpa verantwortlich: aber in dem Wegbringen der Sachen von Hause liegt schon die Culpa, welche auf ihn die Pericel selbst überträgt. Warum? frägt man hier mit Recht. Die Anwort kann nicht seyn, weil der Commodatar die res commodatas mit nach einem andern Orte nahm: denn es steht nirgends geschrieben, daß man nur die res commodatas zu Hause brauchen soll: aus der Natur des Commodats muß die Frage beantwortet werden. Zum Wesen des Römischen Commodats gehört, daß der usus rei, welcher dem Commodatar eingeräumt wird, genau bestimmt werde. Diese Eigenheit mußte Cajus hier voraussetzen. Was sich schon von selbst versteht, braucht nicht erst bestimmt zu werden, und dahin gehört auch der Ort des Gebrauchs. Wenn A dem B sein Silbergeschirr abborgt, um gute Freunde zu bewirthen, so setzt der Commodans natürlich voraus, daß die Gasterey am Orte und in dem Hause des Commodatars vor sich gehen soll, und beschränkt darauf von selbst bey der Bewilligung den Gebrauch. Er giebt ihm also nicht die Befugniß, das Silbergeschirr allenthalben mit sich umher zu schleppen, oder auch nur nach einem andern Orte hinzubringen, wo er die Gasterey zu halten für gut findet. Wollte der Commodatar das Silbergeschirr nach einem andern Ort hinnehmen, so mußte er sich darüber erklären und abwarten, ob der Commodans darein auch willigen würde. Von dieser Ansicht geht Cajus in dem angeführten Beyspiel aus. Jetzt ergiebt sich eine ganz andere Ansicht der Sache, als sich nach dem Institutionentext, wo alles generalisirt ist, darbietet: nämlich 1) der Commodatar ist wegen der res commodata verantwortlich, wenn sie auch nur durch die kleinste Culpa seiner Seits Schaden genommen hat, oder gar zu Grunde gegangen ist. Er trägt

sogar den casus fortuitus oder die ganze Pericel, wenn er gegen die ausdrückliche oder stillschweigend sich verstehende lex commodati die res commodata gebraucht, oder sonst damit etwas vorgenommen hat, z. B. von dem Orte, wo sie eigentlich nur gebraucht werden durfte, nach einem andern Orte hingebracht hat. Denn er verletzt in beiden Fällen die Treue, zu welche er dem Commodans schuldig war. Was in dem letztern Fall uns als Culpa vorgestellt wird, ist also keine Fahrlässigkeit: es ist Widerrechtlichkeit, Verletzung von Treue und Glauben. Es folgt also, daß der Commodatar wegen der alleinigen Pericel nicht verantwortlich ist 1) wenn er die res commodata auswärts bringen läßt und gebraucht, sobald die lex commodati ihn dazu berechtigt. Hätte in dem vom Cajus als Beyspiel gebrauchten Falle der Commodatar um das Silberzeug gebeten, um es bey einer Gasterey außerhalb des Ort zu brauchen, dazu den Ort angegeben, und es wäre ihm verwilligt worden, so würde er nicht für den casus fortuitus verantwortlich gemacht worden seyn. 2) Wenn er die rem commodatam, weil er sie zu Hause nicht sicher hält, und auch nicht an den Commodans abgeben kann, fortschickt oder mit sich fortnimmt. Denn er thut hier nichts weiter, als wozu er vermöge der ihm obliegenden custodia schuldig ist.

Sobald also der Commodatar der lex commodati zuwiderhandelt, trägt er sogar die Pericel, außerdem prästirt er nur culpam levissimam. In so fern die lex commodati expressa ist, hat die Sache auch nicht die geringste Schwierigkeit: schwieriger wird sie, wenn es sich um die tacita handelt. Das vernünftige Ermessen des Richters muß dabey freylich das Meiste thun: indeß darf man es doch auch nicht ganz an Regeln für die Leitung desselben fehlen lassen. Diese sind: 1) wenn Hausgeräthe (sey es von welcher Art es wolle) geliehen worden, so ist lex tacita, daß das Commo-

dat für das Haus oder die Wohnung des Commodatars geschehen sey. Wo er also wohnt, sey es mit dem Commodans an einem Orte, oder an einem verschiedenen, dahin ist er dasselbe mitzunehmen und zu gebrauchen berechtigt. Der Transport und Gebrauch nach einem andern Orte ist ohne ausdrückliche Verwilligung des Commodans nicht zulässig. 2) Von jeder geliehenen Sache kann nur der Gebrauch gemacht werden, wozu sie der Eigenthümer bestimmt hat, oder noch deutlicher, nur der Gebrauch, den der Eigenthümer davon machte. Jeder andere Gebrauch bringt die Pericel auf den Commodatar, z. B. er spannte das ihm commodirte Reitpferd vor einen Wagen. Das geringste Zuwiderhandeln der lex expressa commodati muß schon von selbst alle Pericel auf den Commodatar bringen.

Betrachten wir jetzt noch die übrigen Stellen in dem Justinianischen Recht, welche von der Culpa sprechen, die der Commodatar zu prästiren hat.

Hieher gehört zuerst *Dig. XIII, 6, L. 5. §. 2.* — Commodatum autem *plerumque* solam utilitatem continet *ejus* cui commodatur: et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis, et *culpam* praestandam et *diligentiam.* §. 3. Et si forte res *aestimata* data sit, *omne periculum* praestandum ab eo, qui aestimationem se praestaturum recepit. §. 4. Quod *vero* senectute contigit vel morbo, vel vi latronum ereptum est, aut quid simile accidit, dicendum est, nihil eorum esse imputandum ei qui commodatum accepit, nisi *aliqua culpa* interveniat. Proinde et si incendio vel ruina aliquid contigit, vel aliquid damnum fatale, non tenebitur: nisi forte cum possit res commodatas salvas facere, *suas praetulit.* §. 5. *Custodiam plane commodatae rei etiam diligentem debet praestare.* §. 6. Sed an etiam *hominis* commodati custodia praestetur, apud veteres dubitatum est: nam *interdum* et hominis *custodia* praestan-

da eſt, *ſi vinctus commodatus eſt*, vel ejus *aetatis* ut *cuſtodia indigeret*. *Certe* ſi hoc actum eſt, ut cuſtodiam is qui rogavit praeſtet, dicendum erit, praeſtare. §. 7. Sed *interdum* et mortis damnum ad eum qui commodatum rogavit pertinet: nam ſi tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. Idem erit et in homine. Plane ſi ſic commodavi, ut ad bellum duceres, meum erit periculum. Nam et ſi ſervum tibi tectorem commodavero, ut de machina ceciderit, periculum meum eſſe Namuſa ait. Sed ego hoc ita verum puto, ſi tibi commodavi, *ut et in machina operaretur*: caeterum ſi ut de plano opus faceret tu eum impoſuiſti in machina, aut ſi machinae culpa factum minus diligenter non ab ipſo ligatae vel funium perticarumque vetuſtate, dico periculum, quod culpa contigit rogantis commodatum, ipſum praeſtare debere. Nam et Mela ſcripſit, ſi ſervus lapidario commotus ſub machina perierit, teneri fabrum commodati, qui negligentias machinam colligavit. §. 8. Quin immo et qui *alias* re commodata utitur, nonſolum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro undecimo Digeſtorum ſcripſit. Denique ait, ſi tibi codicem commodavero, et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris, egoque hoc interlevero, ſi quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio: ſi minus, neque me certioraſti, ibi chirographum eſſe ſcriptum etiam teneris mihi, inquit, commodati. Immo ait etiam furti, quoniam aliter re commodata uſus es. Quemadmodum qui equo, inquit, vel veſtimento aliter quam commodatum eſt, utitur, furti tenetur. §. 9. *Usque adeo autem diligentia in re commodata praeſtanda eſt*, ut etiam in ea quae ſequitur *rem commodatam praeſtari debeat*: utputa equam tibi commodavi, quam pullus comitabatur: etiam pulli te

custodiam praestare debere, veteres responderunt. §. 10. Interdum plane dolum solum in re commodata, qui rogavit, praestabit: utputa si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit; sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur: vel si quis ludos edens praetor Scenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit."

Diese Stelle ist aus Ulpian *Libr. XXVIII. ad Edict.* Eine zweyte Stelle ist das auch schon oben citirte Fragment aus Cajus *Dig. XIII, 6, L. 18.* in dem dort ganz unberücksichtigt gebliebenen Nachsatze. Nachdem Cajus gezeigt hat, daß der Commodatar culpam levissimam und auch selbst die Gefahr prästiren müsse, wenn er der lex commodati zuwider gehandelt hat, fügt er hinzu: Haec ita si dumtaxat accipientis gratia commodata sit res. At si utriusque, veluti si communem amicum ad coenam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscèpisses, et ego argentum tibi commodaverim, scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi *dolum* tantum praestare debeas. Sed videndum est, *ne* et *culpa* praestanda sit: ut ita culpae fiat aestimatio, sicut in rebus pignori datis, et dotalibus aestimari solet."

Beide Stellen verdienen noch genauer erwogen zu werden. In der ersten Stelle ist es auffallend, daß Ulpian nach der Meinung des Quintus Mucius dem Commodatar überall culpam aufbürdet, da doch nach seiner Ansicht der Commodatar meist allen Nutzen von dem Geschäft hat, und kurz vorher gesagt wird, daß bey den contractibus gratuitis, z. B. beym depositum (das commodatum ist ja aber auch contract. gratuitus) wenn einer allen Nutzen habe, nur dolus prästirt werde. Ulpian erscheint hier offenbar mit sich selbst im Widerspruche: er mußte den Vordersatz nicht billigen oder er mußte auch denen beypflichteu, welche (daß es solche welche gab, ist kein Zweifel) auch den Commoda-

tar nur zur praestatio doli für verbunden hielten. Indeß läßt sich Ulpian leicht retten, wenn wir annehmen, daß er nach der Weise der Römischen Juristen im Sinne behielt, und das depositum hier gerade dem Commodat entgegen setzen wollte. Er wollte sagen: wenn bey einem contractus gratuitus derjenige, welcher custodiam rei hat, alle Beschwerde und gar keinen Nutzen von dem Geschäft hat, so prästirt er bloß dolum, wie z. B. beym depositum, hat er dagegen davon allen Nutzen, wie beym Commodat, so wird von ihm culpa levissima prästirt. Bey diesem Satze finden sich denn nun die Ausnahmen gleich von selbst: wird für die Aufbewahrung der Sache etwas gegeben, so wird neben dem dolus auch noch Culpa prästirt, und wenn der, welcher die custodiam rei hat, nicht allein allen Nutzen von dem Geschäft hat, so kann man auch nicht die praestatio culpae levissimae von ihm fordern. Eben so als Ulpian denkt Cajus über die Sache: die genauere Bestimmung der Frage: wenn der Commodatar culpam levissimam zu leisten, und wenn nicht, ist es allein, welche die beiden Fragmente für uns wichtig machen: das Uebrige was sie enthalten, stimmt ganz mit dem Inhalte der oben ausgeschriebenen Stellen überein. Das lehrt freylich auch noch die Stelle aus Ulpian, daß der Commodatar auf der einen Seite bisweilen gar nur für dolus zu stehen brauche, nämlich, wenn der Commodans allen Nutzen von dem Geschäft hatte, weil hier das Commodat ganz die Natur des Depositums annimmt; und daß auf der andern Seite es wieder mit der custodia des Commodatars gar verschieden zu nehmen sey, und solche nicht nach einerley Grundsätzen, folglich auch die nicht hinsichtlich dieser custodia zu leistende Culpa beurtheilt werden könne. Das erfahren wir aus dem Ulpianischen Fragment noch genauer, in welchen Fällen der Commodatar die Pericel zu tragen habe, und wir werden nun in den Stand gesetzt, die Theorie

über die Leistungen des Commodatars vollständig und so zu bilden.

1) Der Commodatar prästirt hinsichtlich der ihm obliegenden custodia rei und des ihm verstatteten Gebrauchs der Sache culpam levissimam, es habe denn der Commodans auch Nutzen von dem Geschäft (auf das mehr oder weniger kommt hier nichts an) wo er (nach Cajus) nur die Culpa prästirt, welche bey dem pignus und der dos prästirt wird. Sollte der Commodans allen Nutzen von dem Geschäft haben und der Commodatar gar keinen, so wird von dem letzteren (nach Ulpian) nur dolus (versteht sich auch culpa lata) prästirt.

2) In Absicht der Frage: in wie fern wegen der custodia der Commodatar überall culpam zu prästiren habe, kommt es gar sehr darauf an, ob das Commodat schon die Verpflichtung zur custodia nothwendig mit sich führt. Das ist zwar in der Regel der Fall bey allen andern in commodatum gegebenen Sachen, nur findet nach Ulpian eine Ausnahme beym homo (servus) commodatus statt. Soll hier der Commodatar dafür stehen, daß der Sclave nicht entlaufe, so muß er ihm als vinctus übergeben werden, oder er davon benachrichtigt werden, daß dem homo nicht zu trauen ist.

3) Der Commodatar prästirt respective dolum und culpam nach Ulpian, nicht bloß hinsichtlich der ihm commodirten Sache, sondern auch hinsichtlich aller andern Sachen, die ihr anhängen, versteht sich, in so fern sie mit in seine custodia übergingen. Nicht bloß durch das in der oben ausgeschriebenen Stelle Ulpians enthaltene Beyspiel mit dem Füllen wird das Gesagte bestätigt, sondern es heißt auch noch §. 13.

daselbst: Si me rogaveris, ut servum tibi cum lance commodarem, et servus lancem perdiderit, Cartilius ait, periculum ad te respicere: nam et lancem videri commodatam quare culpam in ea quoque praestandam. Plane si servus cum ea fugerit, eum qui commodatum accepit, non teneri, nisi fugae praestitit culpam. Das letztere bezieht sich auf das n. 2. Gesagte, weil nämlich der Commodatar für die fugam servi nicht anders zu stehen nöthig hat, als wenn er sich dafür zu stehen besonders verbindlich gemacht hatte.

4) Man kann von dem Commodatar nur überall die debitam diligentiam fordern, wenn man ihm die Sache nicht zu einem Gebrauch gestattet hat, bey welchem diese diligentia nicht annehmbar ist, wo man sie ihm also stillschweigend erlassen hat. Hier hat der Commodatar bloß dolum und culpam latam zu prästiren.

Das Beyspiel in der Stelle des Ulpians „si quis ludos edens Praetor Scenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit, beweist den Satz zur Genüge. Es folgt daraus, wer jemanden etwas zur Maskerade oder zum Ball commodirt, hat nur Anspruch an den Commodatar, wenn sich dieser dolum und culpam latam zu Schulden kommen lassen. Man könnte sagen, dasselbe sey der Fall bey allen Sachen, die einem zur Reise geborgt werden, denn der Commodatar kann unmöglich die debitam diligentiam auf der Reise prästiren, weil er sich selbst und seine Sachen ja Andern überlassen muß.

5) Für den casus fortuitus haftet der Commodatar nur

a) si res aestimata data est nach *Dig. XIII, 6, L. 5, §. 3.* Man kann sich die Sache nicht anders

als so denken. A commodirt dem B eine Sache mit dem Zusatze, daß wenn sie wegkommt oder beschädigt wird, er dafür einen bestimmten Preis bezahlt. In der Vereinbarung ist die Uebernahme des casus fortuitus jetzt schon enthalten: wie sie wegkomme oder beschädigt werde ist also gleichgültig. Der Commodatar ist also keinesweges Eigenthümer der Sache.

b) Wenn der Commodatar bey sich ereignender Gefahr seine Sachen gerettet, und die rem commodatam im Stich gelassen hat. *Dig. c. l. et L. §. 4.*

Aber es frägt sich: wenn nun nach geschehener Rettung die res commodata, wegen nicht gehörig angewandter custodia zu Grunde geht oder gestohlen wird, z. B. der Commodatar trägt seine Sachen und auch die rem commodatam in der Zerstreuung auf die Straße, wo sie zertreten oder gestohlen wird? Ich glaube nach der Analogie von der Aquilianischen Culpa ist er hier von allem Schadensersatz frey, denn er befindet sich in einem Zustande, wo ihm das damnum datum nicht imputirt werden kann. Ueberall scheint der Zusatz in dem Gesetze „cum possit" anzudeuten, daß man ihm auch selbst bey der Rettung nachsehen müsse. Wenn er in der Zerstreuung und wo ihm das Feuer so nahe war, daß er nur retten konnte, was ihm zunächst lag, seine Sachen rettete und die rem commodatam zu Grunde gehen ließ, kann ihm deshalb nichts zugerechnet werden.

c) Wenn er die commodirte Sache zu einem ordnungswidrigen Gebrauch angewendet hat, oder

bey dem ordnungsmäßigen Gebrauch sich ein Versehen zu Schulden kommen lassen, welches den Untergang der Sache zur Folge hatte [t]). Hieher gehört auch das oben gedachte Beyspiel, wo jemand ihm commodirtes Silbergeschirr mit aufs Land schleppt. Man kann hier nicht mit einigen Rechtslehrern distinguiren, ob sich auch bey dem ordnungsmäßigen Gebrauche der casus hätte ereignen können, oder nicht. Es genügt, daß er sich bey Gelegenheit des ordnungswidrigen Gebrauchs ereignet hat.

Bey einem mit Mehreren errichteten Commodatsgeschäft treten die vorstehenden Verbindlichkeiten für jeden Commodatar in solidum ein [u]). Aber kein Commodatar haftet für den Schaden, welcher der Sache durch Andere zugefügt wird, in so fern ihm nur nicht Mangel der gehörigen Aufsicht zur Last gelegt werden kann [v]).

Dem Commodat wird gleich geachtet, wenn einem Inspector eine Sache überlassen worden ist, um sie zu inspiciren oder inspiciren zu lassen. Der Inspector ist hier gerade kein Sachverständiger, sondern jede andere Person, der man zutraut, daß sie die Sache beurtheilen kann oder will. Hatte er allen Nutzen von der Inspection, so muß er auch culpam levissimam prästiren; hatten beyde Theile davon Vortheil, so prästirt er nur eine Culpa wie beym pignus und der dos; und hatte endlich der, welcher die

t) Der ordnungsmäßige Gebrauch verbindet nach *Dig. XIII, 6, L. 23.* nie zur Entschädigung, wenn auch die Sache darüber zu Grunde gieng.

u) *Dig. XIII, 6, L. 5. §. ult.*

v) *Dig. c. l. et t. L. 19.*

die Sache ad inspiciendum gab allen Vortheil, so wird von dem Empfänger nur dolus prästirt w).

---

w) *Dig. c. l. et t. L.* 19. §. 1. Si rem *inspectori* dedero, an similis sit ei, cui commodata res est, quaeritur: et si quidem mea causa dedi, dum volo pretium exquirere, dolum mihi tantum praestabit: si sui et custodiam: et ideo furti habebit actionem. Sed et si dum refertur, periit, si quidem ego mandaveram, per quem remitteret, periculum meum erit: si vero ipse, cui voluit, commisit, aeque culpam mihi praestabit, si sui causa accepit. Die Florentina sowohl, als alle alten guten Vulgatae lesen inspectori, allein die Basilica haben επιτιμητῆ, d. h. aestimatori. Im Grunde dürfte es wohl gleichgültig seyn, wie man liest, denn inspector ist hier eine Person, welche die Sache ansehen und über sie urtheilen soll. Es kommt dabey nicht bloß die custodia während der Zeit, wo der Inspector die Sache in Händen hat, sondern auch noch hinterher in Betracht. Bey der Zurücksendung der Sache muß nämlich der Inspector, wenn er sie durch seine Leute remittirt, dieselbe Culpa prästiren, welche er prästirt, so lange die Sache noch in seinem Gewahrsam sich befindet.

Es frägt sich, wenn kann man sagen, das Geschäft geht bloß auf den Nutzen des Gebers? Die Antwort liegt in dem Gesetze selbst, nämlich wenn die Sache bloß zu dem Ende gegeben wurde „ad exquirendum pretium" (weil man den Werth der Sache wissen wollte). Beyderseitigen Nutzen bezweckt das Geschäft, wenn über die Sache gehandelt werden sollte, und den alleinigen Nutzen des Empfängers, wenn er zum Behuf seines Gewerbes eine Sache der Art suchen und ihren Werth beurtheilen wollte.

Unsere heutigen Taxatoren, seyn sie es vermöge einer wirklich erlernten Kunst, als Goldschmiede oder Juweliere, oder weil sie sich so Kenntniß von der Beschaffenheit und dem Werthe der Sachen erworben haben, sind als Römische Inspectoren oder Aestimatoren zu beurtheilen. Nur fragt es sich, ob man diese Lehrsätze auch auf die Fälle anwenden kann, wo man Sachen zugeschickt bekommt, um sie sich des Kaufs wegen anzusehen? Ich glaube allerdings, denn auch hier wird die Sache eigentlich ad inspiciendum, um sie anzusehen und sich wegen des Preises nach der Ansicht zu bestimmen zugesendet.

§. 186.

Ganz anders als beym Commodat macht sich die praestatio culpae beym Depositum und Pignus. Dem letztern wird hier die Dos immer gleich gestellt: in wie fern diese Gleichstellung statt hat, werden wir hernach sehen. So viel zuerst das Depositum betrifft, soll nach *Dig. III, 14, §. 3.* der Depositar nur ex eo solo haften, si quid *dolo* commiserit, und wird hinzugefügt: *culpae* autem nomine, id est, *desidiae* ac *negligentiae* non tenetur. Itaque securus erit, qui parum diligenter custoditam rem furto amisit: quia qui *negligenti amico* rem custodiendam tradit, suae facilitati id imputare debet. Ganz gleichlautend damit ist *Dig. XLIV, 7, L. 1. §. 5.* Is quoque apud quem rem aliquam deponimus re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur: sed is etiam si negligenter rem custoditam amiserit, securus est, quia enim non sua gratia accepit, in eo solo tenetur, si quid dolo perierit: negligentiae vero nomine ideo non tenetur, quia qui negligenti amico rem custodiendam committit, de se queri debet: *magnam* tamen *negligentiam* placuit in *doli crimine* cadere. Den Unterschied macht hier bloß, daß nach Cajus, aus dessen libro aureor. die Stelle ist, auch die culpa lata ganz dem dolus beym Depositum gleich geachtet wird, und eben so wie der dolus prästirt werden soll. Zwey Puncte sind in diesen beiden Hauptstellen nicht zu übersehen. Der eine ist, daß beym Depositum immer ein amicus vorausgesetzt wird, dem man sich hier überläßt: der zweyte, daß die Leistung des Schadensersatzes darum auf dolus und culpa lata beschränkt wird, weil man sich besser hätte vorsehen — in der Wahl des Depositars hätte sorgfältiger seyn sollen. Der contractus depositi stellt sich uns hier also als ein Geschäft inter amicos dar, als ein Geschäft, das ein besonderes Vertrauen voraussetzt, bey welchem man sich aber in der Freundschaft

nicht sowohl als in der Aufmerksamkeit des Freundes getäuscht hat, und dafür die Strafe leidet. Das Depositum ist ein contractus gratuitus: sobald daher etwas für die custodia versprochen worden ist, nimmt das Geschäft einen andern Character an, und verbindet zur Beobachtung des höchsten Fleißes und zur praestatio culpae levissimae. Daraus sollte man fast schließen, daß wenn man einem Menschen, mit welchem man nicht gerade in eigentlichen freundschaftlichen Verhältnissen stand, der aber als ein ehrlicher Mann überall bekannt ist, etwas anvertraut, die Sache sich gleichfalls ändere, und mehr als dolus und culpa lata von ihm zu prästiren sey. Allein es kommt in Betracht, daß man den Fremden gerade durch das Vertrauen, welches man ihm bey dem Depositum schenkt, zu seinen amicus macht, und weiter verlangen die Gesetze nichts: was man im gemeinen Leben freundschaftliches Verhältniß nennt, kommt hier gar nicht in Betracht: der amicus ist hier kein anderer als der, dem man sein Vertrauen geschenkt hat.

Ausnahmen von der Regel und wo mehr als dolus und culpa lata prästirt werden muß, sind

1) wenn es so verabredet worden ist. Die Gesetze billigen jede hieher gehörige Verabredung, wodurch die zu leistende Culpa erweitert oder beschränkt wird, nur nicht die, wodurch die praestatio doli ausgeschlossen wird [x]).

2) Wenn sich jemand zum Depositar aufgedrungen hat. Ein solcher Depositar ist culpam levissimam zu prästiren verpflichtet [y]).

x) *Dig. XVI*, 3, *L.* 1, §. 6 und *L.* 38.
y) *Dig. c. l. et t. L.* 35. Das „Obtulit" in dieser Stelle kann unmöglich vom bloßen freundschaftlichen Anerbieten zu verstehen

3) Wenn das Depositum den Nutzen beider Interessenten zum Zweck hat z).

Daß wenn das Depositum ein irregulare ist, von dem Augenblick an, wo die Irregularität beginnt, die Gefahr auf den Depositar übergeht, so wie auch, daß er wegen begangenen Verzugs in der Zurückgabe der bey ihm niedergelegten Sache, nicht nur zur praestatio culpae levissimae, sondern selbst des casus mere fortuiti verbunden wird, sind bekannte Dinge. Aber es frägt sich: welche Culpa prästiren der Sequester, das öffentliche Depositum, und der Depositar bey dem sogenannten deposito miserabili?

Hinsichtlich des depositi miserabilis sind bekanntlich die Gesetze strenger gegen den Depositar, wenn er sich einer Treulosigkeit hat zu Schulden kommen lassen, als bey dem gewöhnlichen Depositum. Nach *Dig. XVI, 3, L. 1. §. 1.* muß derjenige duplum restituiren, welcher ein depositum miserabile veruntreuet hat. Ulpian bemerkt bey dem Prätorischen Edict, die Absonderung des depositi miserabilis von dem gewöhnlichen Depositum habe allein das Wohl des Staates zum Zweck, es wachse dadurch das perfidiae crimen, wenn man Sachen nicht wieder restituire, die aus Noth deponirt werden müssen. Es frägt sich, gilt das was von Veruntreuung gesagt wird, hier auch von der culpa lata, die ja, wie wir oben gesehen haben von Cajus beym Depositum ganz dem dolus gleich gestellt wird, oder nur vom dolus al=

---

seyn, eine Sache, womit der Andere nicht weiß wohin, an sich nehmen und aufbewahren zu wollen. Es muß von einem eigentlichen Aufdringen verstanden werden, bey welchen man einen Andern ausschließt, dem der Deponens eigentlich die Sache zugedacht hatte, oder wenn das nicht, wodurch man ihn doch bestimmt, bey dem sich Aufdringenden zu deponiren.

z) Arg. *Dig. XLVII*, 8. *L.* 2. §. 24.

lein, und ist ein solcher Depositar noch nicht mehr als culpam latam zu prästiren verbunden?

Fast sollte man glauben, die culpa lata müsse hier eben so strenge als der dolus geahndet werden. Denn so wie das perfidiae crimen beym deposito miserabile wächst durch dolus, eben so gut kann es durch culpa lata wachsen. Das Edict des Prätors spricht auch gar nicht vom dolus. Es verurtheilt bloß den Empfänger des depositi miserabilis zum Ersatz des dupli, wenn er dasselbe nicht restituirt. Es wird die bekannte Verpflichtung des Depositars zur praestatio doli und der culpae latae dabey vorausgesetzt. Ganz andere Grundsätze würden anzunehmen seyn, wenn das Edict des Prätors bloß vom dolus spräche. Aber so spricht es bloß von Veruntreuung, und diese kann sich sowohl dolo als culpa lata ereignen. Aller dieser scheinbar starken Gründe ungeachtet bin ich doch der Meinung, daß die culpa lata in so fern es den Ersatz des doppelten Werthes bey dem depositum miserabile gilt, nicht immer dem dolus gleich geachtet werden könne. Denn etwas Anderes ist es, Sachen die jemand in Noth bey uns gerettet hat unterschlagen, und wieder etwas Anderes, sie gröblich zu vernachlässigen. Das letztere kann in der Zerstreuung, worin sich der, bey welchem man rettet, eben so gut befinden kann, als der welcher rettet, leicht geschehen, ohne daß deshalb eine stärkere Zurechnung treffen darf: das erstere kann nie eine Entschuldigung finden. Nur dann würde die culpa lata hier ganz dem dolus gleich zu achten seyn, wenn nach überstandener Gefahr die geretteten Sachen auf die strafbarste Weise vernachlässiget und Preis gegeben werden.

Für das sequestrum, sey es ein nothwendiges oder freywilliges, so wie für das öffentliche Depositum, finden sich hinsichtlich der dabey zu prästirenden Culpa auch nicht die mindesten gesetzlichen Bestimmungen, aus welchen sich

argumentiren ließe, daß ein anderer Grad der Culpa, als bey dem gewöhnlichen Depositum dabey zu leisten. Man kann auch keine Gründe haben, das freywillige Sequestrum nach andern Grundsätzen als nach denen vom gewöhnlichen Depositum beurtheilen zu wollen. Nur beym nothwendigen Sequestrum scheinen andere Grundsätze statt finden zu müssen. Es ist doch hier nicht die Rede von dem willkührlichen Anvertrauen einer Sache: es hängt auch die Wahl des Depositars nicht von dem Deponenten allein ab. Die Deposition ist ja eine erzwungene: können sich die Partheyen nicht über die Person des Sequesters eignen, so bestimmt sie der Richter, wobey er bloß auf den allgemeinen Ruf Rücksicht nimmt. Kurz, die Verhältnisse sind durchweg anders als bey dem gewöhnlichen Depositum. Wird der Sequester bezahlt, so ändert das schon von selbst die Ansicht, und ist er, mag das sequestrum ein voluntarium oder necessarium seyn, verpflichtet culpam levissimam zu prästiren. Aber davon ist nicht die Rede: allein von dem des nothwendigen Sequestri, und wo der Sequester nichts erhält.

Ich glaube, in allen Fällen, wo das Depositum den Character der auf Treu und Glauben bey einer selbst gewählten Person geschehenen Niederlegung verliehrt, kann auch nicht mehr Beschränkung auf culpa lata statt finden. Denn lediglich für diese Rücksicht ist die praestatio doli und culpae latae angenommen worden. Der Sequester muß daher in dem unterstellten Falle zu mehr als zur minima diligentia verpflichtet seyn. Nur ist die Frage: welchen Grad der Culpa er zu prästiren habe?

Was vom Commodat, und dem pignus gilt, ist nicht auf ihn anzuwenden: auch kann man den Sequester nicht füglich als Mandatar betrachten; in der letztern Eigenschaft erscheint er jedoch eher als in irgend einer anderen, indem er sich durch die Uebernahme des streitigen Objects sowohl gegen den Rich-

ter als die Partheyen verpflichtet, zugleich für dessen custodiam und administratio zu sorgen. Ich würde daher den Mittelweg einschlagen, und einen solchen Sequester für die culpa levis verbindlich erklären [a]).

Bekanntlich gab es auch bey den Römern schon ein öffentliches Depositum in den Händen solcher Personen, die damit ein Gewerbe trieben, Sachen Anderer gegen Bezahlung aufzubewahren, uud in diesem Gewerbe von oben herab nach vorhergegangener Untersuchung über ihren Character und ihre Vermögensumstände Bestätigung erhalten hatten [b]). Daß diese hinsichtlich der bey ihnen deponirten Gelder und anderer Sachen culpam levissimam prästiren mußten, dürfte um so weniger die Frage seyn, als sie gegen Renumeration das Depositum übernahmen. Nur frägt es sich, welche Culpa prästiren unsere jetzigen öffentlichen Deposita, welche eigentliche Staatsanstalten sind und mit den Römischen Depositis dieser Art gar nicht verglichen werden mögen? Ich glaube, wenn für die Aufbewahrung ordentlich bezahlt wird (wohin aber die Gebühren bey dem Empfang und der Wiederauslieferung des Depositums nicht gerechnet werden können) so sind sie culpam levissimam zu prästiren schuldig: außerdem prästiren sie nur culpam levem [c]). Es bleibt

---

a) Doch mit Beschränkung auf culpa in concreto. Denn es stand den Partheyen frey, wenn sie etwas gegen den Sequester zu erinnern hatten, ihre Einwendungen dem Richter vorzutragen. Haben sie das nicht gethan so willigen sie in die Person des Sequesters, und erklären dadurch zugleich, daß sie nur diejenige custodiam von ihm verlangen wollen, welche er bey seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt.

b) Ob die Argentarien das Depositum betrieben, oder dazu noch besondere Personen vorhanden waren, bleibt doch die Frage. Daß man bey den Argentarien Gelder niederlegen konnte, ist ausgemacht.

c) Bey der praestatio culpae dürfte man hier auf den Unterschied zwischen culpa in abstracto und in concreto wohl um so we-

nichts als der mittlere Weg hier übrig, denn dolus und culpa lata kann nur von einem Depositar gefordert werden, bey welchem ganz die Römischen Voraussetzungen zutreffen.

Große Schwierigkeiten hat von jeher die Frage über praestatio culpae beym Faustpfand (pignus) gefunden. Bekannt ist der Streit über *Dig. XIII, 7, L. 13, §. 1.* Wir wollen auch hier nach der bisher beobachteten Ordnung verfahren.

Instit. III, 14, §. 4. heißt es: „Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: qui et ipse de ea re, quam accepit, restituenda, tenetur actione pignoratitia. Sed quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis ei pecunia crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, quod ad eam rem custodiam *exactam* diligentiam adhiberet: quam si praestiterit, et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere."

Die Parallelstelle aus Cajus Aureor. *Dig. XLIV, 7, L. 1, §. 6.* schweigt hier über die von dem Faustpfandsgläubiger zu prästirende Culpa ganz, was um so mehr zu bewundern ist, da Cajus sich doch über das Commodat und Depositum so bestimmt erklärt, welche Culpa beide, der Commodatar und der Depositar, zu prästiren haben. Daß Cajus mehr darüber gesagt hat, als uns die Compilatoren der Pandecten zu geben für gut gefunden haben, dürfte auch wohl im Geringsten nicht zweifelhaft seyn.

---

niger Rücksicht nehmen können, als man keinem Individuum, sondern einer Staatsanstalt das Seinige anvertraut hat. Hat der Staat bey seinem Depositalwesen schlechte und nachlässige Subjecte angestellt, so fällt ihm solches zur Last. Durch die Errichtung der Anstalt, verbindet sich der Staat so schon zur höchstmöglichen diligentia, welche hier nach den Gesetzen gefordert werden kann.

Ich lasse jetzt die berüchtigte Stelle *Dig. XIII, 7, L. 13.* folgen; welche aus Ulpian Libr. 38 ad Edict. ist. „Si cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Julianus, et est rescriptum, ob hanc conventionem pigneraticiis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem: sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit, aut in factum actione adversus emptorem agere. §. 1. *Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit.*

Damit ist nun noch vor allen Dingen das gleich folgende Fragment *L. 14* aus Paulus *Libr. XIX ad edictum* zu verbinden, worin es heißt: „Ea igitur, quae *diligens paterfamilias* in *suis rebus* praestare solet, a creditore exiguntur."

Das Paragraphiren der Pandectenfragmente in den neueren Ausgaben des Corpus Juris hat oft zu den heillosesten Erklärungen Veranlassung gegeben. Dahin gehört auch die Erklärung der *L. 13.* nach welcher das Venit autem etc. auf in factum actio adversus emtorem bezogen wird. Schon die *L. 13.* hätte den Irrthum verhüten können. Als ganz gehaltlos stellt sich diese Beziehung dar, wenn man die guten alten Ausgaben der Pandecten zu Rathe zieht, in welchem der §. 1. der L. 13. einen besonderen für sich bestehenden Absatz macht. Unsere neueren corpora juris sind ganz gegen den Geist der Justinianischen Legislation eingerichtet. Jeder Absatz in den alten guten Ausgaben macht eine selbstständige lex aus und müßte als solche citirt werden ohne Rücksicht darauf, ob er zu demselben Fragment oder zu einem andern gehört. So war auch unstreitig Justinians Compilation ursprünglich beschaffen, und mußte vernünftiger Weise so beschaffen seyn. In einer alten Handschrift, welche ich ein-

zusehen Gelegenheit hatte, fand ich den §. 1. der lex 13 abgesetzt, und mit der lex 14 so verbunden:

> Venit autem in hac actione dolus et culpa ut in commodato venit et custodia vis major non venit. Paulus lib. XIX ad edict. Ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur.

und es ist die Frage, ob Justinians Compilation nicht durchgängig so geschrieben war, daß alles Zusammengehörige unter einem Absatz stand. Wir haben wenigstens alte Drucke der Pandecten die darauf hinweisen.

Daß von der actio pigneratitia gegen den Creditor selbst und unter Voraussetzung der gewöhnlichen Verhältnisse die Rede ist, daß also gar nicht in Betracht kommt, was das Prinzipium der L. 13 enthält, ist wohl klar. Noodts [d]) Verbesserung, welcher bekanntlich in §. 1. der L. 13 gelesen wissen will: ut in commodato venit et custodia taugt so wenig etwas, als irgend eine andere, denn wie hätte es dem Ulpian auch nur einfallen können zu behaupten, der Faustpfandsgläubiger sey nicht zur custodia verpflichtet. Es ist klar, daß Ulpian blos im Allgemeinen über die Sache spricht, und was daraus nicht deutlich wird, durch die gleichfolgende Stelle aus Paulus deutlicher werden sollte. Wir können also die gewöhnliche Lesart um so lieber unangetastet lassen, als sie auch durch die Florentinische Handschrift bestätiget wird.

Die Institutionen fordern von den Faustpfandsgläubiger exactam diligentiam. Daraus wird freylich noch nicht

---

d) *Probabil. I*, 4 und *III*, 3. Ich kann also mit dem Gebauerschen „Optime consuluit huic loco Noodt etc." in der Göttinger Ausgabe des Corp. jur. nicht übereinstimmen. Nach meiner Ansicht hat Noodt den Text sehr übel berathen.

klar, welche Culpa von ihm prästirt werden muß, besonders wenn man bedenkt, daß auch das „exacta" beym Commodat vorkommt, wenn es hier gleich durch die nähere Bestimmung zur diligentia exactissima wird. Da es überdieß heißt, wenn der Faustpfandsgläubiger exactam diligentiam angewendet und aliquo casu fortuito die Sache zu Grunde gegangen, so sey er gesichert, der casus fortuitus also gewissermaaßen der Culpa entgegengesetzt wird, so könnte man auch schließen, er müsse culpam levissimam prästiren. Aber die Pandecten verbinden ihn nur zu der Aufmerksamkeit, welche ein diligens paterfamilias bey seinen Sachen anzuwenden pflegt. Der diligentissimus wird dem diligens entgegen gesetzt. Klar ist es also, daß er nur culpam levem in concreto zu prästiren braucht. Noch klarer wird das durch die oben beym Commodat citirten Stellen, nach welchen die von dem Commodatar zu prästirende Culpa derjenigen entgegen gesetzt wird, welche in pignore und dote prästirt werden muß, und welche leztere also als eine viel geringere erscheint.

Nun könnte man freylich noch einwenden: der Commodatar prästire culpam levissimam in abstracto; es werde bloß darauf gesehen, ob alius diligentior vorhanden sey: der Faustfandsgläubiger könne also sehr wohl auch culpam levissimam, aber nur in concreto prästiren, und denn sey die gesetzliche Aufgabe völlig erfüllt, nach welcher in pignore und dote eine geringere Culpa prästirt werde, als in commodato. So ließe es sich auch sehr wohl erklären, warum Ulpian das pignus mit dem Commodat zusammen stelle, und es mit demselben nach gleichen Grundsätzen beurtheile. Die Stelle aus Paulus enthalte denn weiter nichts als Beschränkung der culpa levissima auf culpa in concreto.

Ich gestehe, daß ich diesen Einwand ganz gelten lassen muß, und daß ich von seiner durchgängigen Richtigkeit noch mehr durch die so deutlichen Bestimmungen des Codex über-

zeugt werde. Entscheidend ist hier unter andern e) *Cod. IV, 24, const. 8*, worin es heißt: Si *nulla culpa* seu *segnitia* creditori imputari potest, pignorum amissorum dispendium ad periculum ejus minime pertinet. Das „nulla" schließt hier offenbar alle culpa auch die levissima in sich, und es bleibt unter solchen Umständen nichts übrig als die praestatio culpae beym Commodat, von der beym pignus bloß dadurch zu unterscheiden, daß beym Commodat culpa levissima in abstracto, beym pignus dagegen nur culpa levissima in concreto geleistet wird. Casum fortuitum braucht der Faustpfandsgläubiger nur zu prässtiren, wenn er denselben besonders übernommen hat, oder sich in mora restituendi befindet.

Ob man von diesen Grundsätzen auch Anwendung machen kann auf die Fälle, wo nach vorhergängiger Hypothekbestellung, oder ohne diese durch die Immission der Gläubiger zum Besitz schuldnerischer Vermögensstücke gelangt ist? Ich glaube allerdings, denn ich sehe keinen Unterschied hinsichtlich seiner Verpflichtung zur custodia und sonstigen obligatio ein. Ob ihm der Schuldner selbst die Sache überließ, oder ob er durch richterliche Hülfe zu dem Besitz gelangte, ist völlig gleichgültig, sobald er sie nur zur Sicherung seiner Forderung besitzt.

Eben diese Rücksicht glaube ich muß auch bestimmen, demjenigen welcher zur Ausübung des Retentionsrechts befugt ist, zu einer gleichmäßigen culpae praestatio zu verbinden. Denn ob der Gläubiger ein Realrecht hat, oder keins, ist ganz gleichgültig, seine custodia und übrige obliga-

---

e) Als die *Constit.* 5, 6 und 7 des citirten Buchs und Titels des Codex. Allenthalben heißt es, der Creditor werde nur befreyet, wenn sine suo vitio, sine sua culpa und durch einen casus fortuitus die Sache zu Grunde gehe. Das läßt sich nicht anders als von dem Mangel aller Culpa erklären.

tio ist hier durchweg dieselbe, und dieser Umstand ist doch nur allein in der Sache entscheidend.

§. 181.

IV. Welche Culpa wird prästirt bey dem Tauschcontract, dem contr. aestimatorius und jedem andern sogenannten unnamentlichen Realcontract; bey Geschäften, die den Realcontracten ähneln, z. B. beym Precarium: endlich bey allen pactis, die nach den neueren Recht volles Römisches Verfolgungsrecht geben, und bey pactis conventis? Nach einerley Grundsätzen läßt sich die Frage nicht beantworten: wir sind also genöthiget sie zu theilen.

1) Bey der permutatio sowohl als allen übrigen sogenannten unnamentlichen Realcontracten findet bekanntlich nach Röschem Recht keine Klage auf die Erfüllung von der andern Seite, sondern bloß Zurückforderung des Gegebenen statt, wenn die dagegen versprochene Erfüllung unterblieben ist. Man kann nicht durchgängig behaupten, der Empfänger sey sogleich als er empfing, Eigenthümer des Empfangenen geworden. Man kann nur sagen, es sey gegeben worden um zu behalten, wenn gegen den Empfang wieder gegeben oder gethan worden, die Fortdauer des Geschäfts sey also bedingt durch die von der andern Seite geschehene Erfüllung. Eine wirkliche Eigenthumsübertragung läßt sich nur da annehmen, wo das Geschäft schon an sich keine andere Erklärung zuläßt, wie z. B. bey der permutatio. Mit dieser Ansicht an die Sache gegangen entwickelt sich auch die Theorie von der praestatio culpae hier sehr leicht, und verschwindet das Paradoxe, welches man ohne sie in den Gesetzen sieht. Hätte man sie früher ergriffen, so würde der Streit über den Uebergang des Eigenthums beym Trödelcontract unterblieben seyn.

Wo bey den unnamentlichen Realcontracten geradezu etwas gegeben wird, damit der andere etwas dagegen thue

oder wiedergebe, ist in diesem Geben auch zugleich eine Eigenthumsübertragung enthalten — freylich keine reine, aber doch eine bedingte: ob aber das Eigenthum pure oder conditionate übertragen wird, ist sehr gleichgültig. So wie beym Kaufcontract sofort nach dessen Abschluß das Eigenthum der verkauften Sache auf den Käufer übergeht, so geht beym Tauschcontract das Eigenthum der Sache durch die Uebergabe auf den Eintauscher über. Der Unterschied zwischen Kauf- und Tauschcontract liegt bloß theils in der natürlichen Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte, theils in ihrer gesetzlichen Stellung gegen einander, nach welcher letzteren der eine Contract ein bloßer Consensual-, der andere hingegen ein Real-Contract ist. Die bedingte Eigenthumsüberlassung, welche der Tauschcontract mit sich führt, ist auch die Regel für alle andern Fälle, wo auf eben die Art wie beym Tauschcontract etwas geradezu gegeben wird, daß der Andere wieder etwas dagegen thue oder gebe. Z. B. daß der Andere ein Geschäft ausrichte, oder Gelder oder Sachen verschaffe u. s. f. Für alle diese Fälle kann daher auch von Seiten des Empfängers von keiner eigentlichen praestatio culpae die Rede seyn. Er besitzt ja keine fremde Sache für deren custodia er zu stehen hat: er ist ja Eigenthümer derselben, und als solcher fällt ihm alles, selbst der casus fortuitus zur Last. Erfüllt er seiner Seits nicht, und wird daher auf die Rückgabe des Gegebenen besprochen, so muß er solches entweder in natura oder dem Werthe nach restituiren, und kann sich durch die Einrede nicht schützen, daß solches ohne seine Culpa zu Grunde gegangen sey.

Beym sogenannten contractus aestimatorius läßt sich nicht sagen, es werde etwas geradezu gegeben, damit der Andere etwas dawider gebe oder thue. Das Wesen dieses Geschäfts besteht vielmehr darin, daß A dem B eine zu einem gewissen Werthe abgeschätzte Sache giebt, mit hinzugefügter

Bedingung, entweder die Sache selbst oder den abgeschätzten Werth derselben ihm zurückzustellen. Es liegt schon in der Natur des Geschäfts, daß von Anfang an kein Eigenthum auf den Empfänger übertragen werden soll: man giebt bloß die Sache in seine Hände, uud überläßt sie bona fide seiner Verfügung, d. h. sie zu verkaufen, zu vertauschen rc., auch selbst zu behalten, wenn er nur den abgeschätzten Werth bringt. Erst von dem Augenblick an, wo dieser gebracht wird, ist die Bedingung erfüllt, unter welcher sich der bisherige Eigenthümer von seinem Eigenthume lossagen wollte. Bey andern unnamentlichen Realcontracten ist zwar auch eine bedingte Eigenthumsüberlassung vorhanden, aber dort ist die Bedingung ihrer Natur nach resolutiv. Das macht aber einen großen Unterschied in den Rechtsverhältnissen: denn etwas ganz andern ist, wenn wegen nicht eingetretener Bedingung ein begründetes Rechtsverhältniß wieder aufgelöst wird, und wieder etwas anderes, wenn es gar nicht zu Stande kommt. Sehr natürlich ist es daher, daß beym contractus aestimatorius nach der Pericel gefragt wird, wornach bey den andern obengedachten unnamentlichen Realcontracten nicht gefragt werden kann, denn es handelt sich um die custodia und der übrigen obligatio, welche der Empfänger durch den Contract übernommen hat.

Es sind in der Pandecten-Compilation zwey hieher gehörige Stellen, die deutlich zeigen, daß es bey dem contractus aestimatorius ganz anders ist als bey der permutatio u. s. f. Die erste ist *Dig. XIX, 3, L. 1. §. 1.* Aestimatio autem periculum facit ejus qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere, aut aestimationem de qua convenit. Die zweyte Stelle ist *Dig. XIX, 5, L. 17, §. 1.* Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres, aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cujus periculum sit? Et ait Labeo,

quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditorem rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter, neutrum: sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus ut dolum et culpam mihi praestes. Bekanntlich liest die Florentina „ego te venditor rogavi," und „si neuter, nostrum;" allein schon die bloße Ansicht der Sache zeigt, daß die Lesart falsch ist. Der Empfänger der Sachen ist der venditor, der mit dem Verkauf solcher Sachen ein Gewerbe treibt. Nostrum, d. h. auf beide Theile fallend, kann hier nie die Pericel seyn, wohl aber neutrum, d. h. man kann nicht sagen, daß dem Einen oder dem Andern ex contractu die Pericel treffe: ex dominio muß sie freylich in dem unterstellten Falle den Geber der Sache treffen, aber davon war, als von einem sich selbst verstehenden Dinge, nicht die Rede. Die hier zum Grunde gelegte Lesart ist nicht bloß Haloander eigen, sondern sie findet sich auch in mehreren alten Drucken der Pandecten:

Beyde Stellen gehen von der Pericel der Sache aus. Nach der ersten Stelle trifft solche durchgängig den Empfänger der Sache; nach der zweyten dagegen nur mit Einschränkung. Das Prinzip, von welchem beide Stellen ausgehen ist: der Empfänger wird durch den contr. aestimator. zwar nicht Eigenthümer der Sache, aber weil ihm die Sache nicht bloß anvertrauet, sondern auch ganz zu seiner Disposition überlassen wird, so muß er auch ganz für die Sache einstehen. Schon die Natur des Contracts bringt das gewissermaaßen mit sich, denn er hat sich ja verpflichtet, entweder den abgeschätzten Werth der Sache, oder sie selbst zu restituiren. Die zweyte Stelle beschränkt den generellen Ausspruch der ersteren. Das „rogavi" kann hier nur von einem dringenden Antrag, und von einem Zuvorkommen eines Andern, der ebenfalls den Contract abschließen wollte, verstanden werden: denn ohne Antrag von der einen oder der an-

andern Seite kann das Geschäft ja gar nicht zu Stande kommen. Der wahre, so oft verkannte Sinn des Gesetzes ist kein anderer als dieser. 1) Wenn der contractus aestimatorius auf ganz gewöhnliche Art zu Stande kommt, d. h. wenn jemand einem Menschen, der sich mit solchem Geschäft abgiebt, einer Sache bringt, und mit ihm einig wird, daß er ihm ein bestimmtes Geld dafür bringen oder die Sache selbst zurückgeben soll, oder so ein Mensch zu einen kommt um nach Sachen zu fragen, und bey dieser Veranlassung ein contractus aestimatorius abgeschlossen wird, so trägt keiner von beiden Theilen ex contractu die Pericel der Sache, denn es wird angenommen, als sey verabredet worden, daß der Empfänger nur für dolus und culpa zu haften habe. — Wenn aber 2) der contractus aestimatorius auf ungewöhnliche Art zu Stande kommt, z. B. man dringt den Andern, daß er das Geschäft übernehmen soll, welches er nicht übernehmen will, oder man dringt sich jemanden, der etwas zu vertrödeln geben will, wenn sich mehrere Mitbewerber gemeldet haben auf, so trifft im erstern Fall den Geber, im letztern den Empfänger die Pericel.

Wo den Empfänger die Pericel trifft, kann nun sehr natürlich nicht mehr nach Culpa gefragt werden. Aber wo das nun nicht der Fall ist, entsteht die Frage, welche Culpa ist von ihm zu prästiren.

Die Gesetze erklären sich darüber nicht. Es heißt bloß, daß von dem Empfänger beym contractus aestimatorius dolus und culpa zu prästiren sey. Nach der gewöhnlichen Theorie würde nur dolus und culpa levis zu prästiren sey, denn wo die Gesetze den Grad der Culpa nicht ausdrücken, wird ja nur culpa levis angenommen. Allein es ist keine Frage, daß den Empfänger hier nicht bloß eine custodia wie beym Commodat, sondern auch noch die übrige obligatio des Commodatars, obendrein eine stärkere obliegen muß. Wird

doch die Sache ganz zu seiner Disposition gestellt? Es folgt daraus, daß er nicht nur culpam levissimam hinsichtlich der custodia, sondern auch der übrigen obligatio zu prästiren hat, und daß uur vis major, die weder er selbst noch derjenige, bey welchem er vermöge der ihm gestatteten Gewalt die Sache ließ, zu verhüten vermochte, von der Restitution befreyen kann.

Mit dem contractus aestimatorius werden ganz nach gleichen Grundsätzen beurtheilt, alle übrige Geschäfte, die mehr mit ihm als mit einem andern Contract, z. B. den mandatum, der locatio conductio, der permutatio u. s. w. Aehnlichkeit haben. Andere Geschäfte, die mehr mit diesen Aehnlichkeit haben, nehmen auch hinsichtlich der culpae praestatio wieder Vieles von denselben an.

Beyspiele enthalten folgende Stellen, woraus sich auch die Richtigkeit der obenstehenden Theorie noch mehr rechtfertigt.

Dig. XIX, 5, L. 17. §. 2. Papinianus libro octavo quaestionum scripsit. Si rem tibi inspiciendam dedi, et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat, apud te esse, furti agere possim, vel condicere, vel exhibendum agere. Secundum haec si ei inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi praestandum esse dico propter utilitatem: periculum non. Si vero mei dumtaxat causa datum est dolum solum, quia prope depositum hoc accedit.

§. 4. Si cum mihi vestimenta venderes, rogavero, ut ea apud me relinquas, ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia majore, periculum me minime praestaturum.

L. 20. §. 1. Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris, et si placuissent emeres, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares: deinde mu-

lae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces, an merces tantum? Et ait Mela, interesse, utrum emtio jam erit contracta an futura: ut si facta pretium petatur; si futura merces petatur. Sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emtio competere ex vendito actionem; si vero nondum perfecta esset, actionem talem, qualem adversus desultorem dari.

§. 2. Si cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit, et cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti, et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia ejus quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumque dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.

L. 23. Duo secundum Tiberim cum ambularent, alter eorum ei qui secum ambulabat rogatus annulum ostendit, ut respiceret: illi excidit annulus et in Tiberim devolutus est. Respondi posse agi cum eo in factum actione.

Von dem Falle auf welchem sich *L. VI, §. 2.* bezieht, ist schon oben Seite 417 gesprochen worden. Es ist nur hier noch zu bemerken, daß ohne Rücksicht auf die Veranlassung zu dem Geschäft culpa levissima von dem Empfänger prästirt werden muß. Nur die Pericel trägt er nicht, versteht sich, daß seiner Seits auch nicht die geringste Fahrlässigkeit vorhanden war.

Bey dem Falle, wovon §. 4. desselben Gesetzes spricht, wird zwar nicht gesagt, welchen Grad der Culpa der Empfänger zu prästiren habe, aber es folgt unmittelbar daraus, daß der Empfänger nur von der Pericel freygesprochen wird, daß er gleichfalls culpam levissimam zu prästiren hat. Durch seine rogatio, der sich der Andere beyfällig erwies, ver-

pflichtete er sich zur diligentia exactissima, folglich zur praestatio der ihr correspondirenden culpa levissima.

Der Fall der *L. 20. §. 1.* kommt hier nur in so fern in Betracht, als über die mulos kein Kauf auf Probe abgeschlossen war, sondern die muli bloß waren gegeben worden, um sie des Kaufs wegen zu probiren. Denn im ersten Fall ging das Eigenthum sofort auf den Käufer über, und war er bloß berechtigt, die mulos zurückzugebeben, wenn sie die Probe nicht bestanden hatten. Gingen die muli bey ihm zu Grunde, oder wurden beschädigt, so bekümmerte es den Verkäufer nicht, wie solches geschah, er war aus dem Kaufcontract berechtigt, entweder die mulos oder den Werth zu verlangen: konnten sie selbst gar nicht, oder nicht in der empfangenen Eigenschaft restituirt werden, so mußte das Kaufgeld bezahlt werden. Bloß also der letztere Fall gehört hieher, wo nämlich die muli des Kaufs wegen, d. h. um sie zu kaufen, waren auf Probe gegeben worden. Es wird nicht gesagt, welche Culpa der Empfänger zu prästiren schuldig sey, wenn die muli bey ihm zu Grunde gegangen oder nur beschädigt worden sind. Aber es ist klar, daß auch er culpam levissimam prästiren müsse, und zwar nicht nur hinsichtlich der custodia, sondern auch der übrigen obligatio, z. B. des Gebrauchs den er von der Sache macht und zu machen befugt ist. Dabey kommt es nun freylich gar sehr darauf an, was durch die Probe ausgemittelt werden sollte. Wer Wagenpferde auf die Probe giebt, erlaubt nicht sie auch zu reiten. Wer Pferde überall auf die Probe giebt, erlaubt nicht zugleich damit eine weite Reise zu machen. Ganz etwas anders ist es, wenn Pferde zu dem Ende auf die Probe gegeben werden um zu versuchen, ob sie auch eine weite und angreifende Reise aushalten dürften.

Man kann nicht behaupten, wenn eine Sache auf die Probe gegeben worden, so sey es auch dem Empfänger er-

laubt, alle mögliche Versuche damit zu machen. Gefahrvollen muß er sich schon so enthalten, es sey denn, daß die Sache gerade dazu gesucht, und auch zur Probe bewilligt worden. Selbst außer der Regel liegende Versuche können ihm nur unter eben dieser Bedingung gestattet seyn. Er ist daher schuldig, sich bey der Probe ganz in der Ordnung zu verhalten.

Gegen die Behauptung, daß der, welcher auf die Probe empfängt, culpam levissimam zu prästiren habe, ließe sich nun wohl einwenden, daß ja beym Commodat nur culpa levis prästirt werde, wenn das Geschäft den beiderseitigen Nutzen zum Zweck hat, und derselbe Fall auch hier eintrete. Denn der, welcher auf die Probe gebe, thue ja solches um die Sache desto eher los zu werden, und der welcher sie auf die Probe nimmt, habe ja dabey den Zweck, desto sicherer den Kauf abzuschließen. Allein die Lage der Sache ist doch ganz anders. Wer eine Sache auf die Probe giebt, überläßt sie nicht bloß der custodiae des Andern ganz, sondern er räumt ihm auch darüber eine größere Dispositionsbefugniß ein als beym Commodat. Der Vortheil ist auch hier mehr auf Seiten des Empfängers und wird ihm aus besonderer Begünstigung etwas gestattet, was sonst nicht in der Regel bey Kaufcontracten ist. Die Veränderung in den Verhältnissen muß daher auch sehr natürlich Veränderungen in den Wirkungen zur Folge haben.

Bloß von dem Fall, wo sich der Käufer besinnen, nicht von dem wo er auch probiren soll, spricht der §. 2. desselben Gesetzes. Es scheint, als müßten völlig gleiche Grundsätze statt finden, und doch ist das nicht der Fall. Der Empfänger hat keinen Ersatz zu leisten, si sine dolo malo et culpa ejus res perierit. Obgleich das Wort culpa hier auch ohne weiteren Zusatz steht, so erhellt doch aus dem Entscheidungsgrunde „quia ejus quoque causa sit missum" klar,

daß die culpa hier dem casus mere fortuitus nicht gerade entgegen gesetzt wird, sondern bloß von der culpa levis die Rede ist. Die Verschiedenheit in den Grundsätzen zwischen diesen Fall und den vorher gehenden hat allein darin ihren Grund, daß das Geben auf die Probe zu größerer Aufmerksamkeit und Pflicht nothwendig verbinden muß, als das Hingeben zum bloßen Ansehen und um sich zu entschließen.

Welche Culpa in dem Falle der *L. 23.* prästirt werden soll, ist nicht bestimmt worden. Es ist nicht gesagt worden, ob Neugierde, Liebhaberey oder Lust zu kaufen bewogen, sich den Ring zeigen zu lassen. Das konnte auch im Grunde gleichgültig seyn. Aber der Empfänger des Ringes gleicht hier einem Depositar, der sich aufgedrungen hat, und welcher daher culpam levissimam zu prästiren schuldig ist.

2) Beym Precarium ist es wirklich recht auffallend, daß der welcher Precario eine Sache besitzt, nur dolum und culpam latam zu prästiren braucht, sowohl hinsichtlich der custodia als der übrigen obligatio, und daß selbst nicht einmal die Verpflichtung zur culpa levissima und zur Pericel, welche sonst durch die mora allgemein begründet wird, hier mit dem Widerruf des Precariums beginnt, sondern erst mit der Nachsuchung und Erlangung des Interdicts. Das Precarium wird in den Gesetzen mit dem Commodat verglichen: woher kommt es nun, daß hinsichtlich der culpae praestatio eine so große Abweichung statt findet? Ulpian ist der Einzige der den Grund davon angiebt. „Illud heißt es *Dig. XLIII, 26, L. 8, §. 3.* adnotatur, quod culpam non praestat is qui precario rogavit, sed solum dolum, quamquam is qui commodatum susceperit, non tantum dolum sed etiam culpam praestat: nec immerite dolum solum dpestat is qui precario rogavit, *cum totum ex liberalitate tescendat ejus, qui precario concessit*, et satis sit, si dolus antum praestetur. Culpam tamen proximam contineri

quis merito dixerit." Der Grund des Unterschiedes ist also, daß beym Precarium ohne alle obligatio die Sache zum Gebrauch eingeräumt wird, beym Commodatum hingegen vermöge der durch den Contract gewirkten obligatio. Eine liberalitas dürfte sonst wohl eben so gut beym Commodat als bey dem Precarium zum Grunde liegen; ja die liberalitas möchte bey den ersterem noch wohl um Vieles größer seyn, als bey dem letzteren, indem dort kein willkürlicher Widerruf statt findet der hier erlaubt ist. Und gesetzt, beym Precarium fände sich eine größere liberalitas, die doch wirklich nicht vorhanden ist, wo ist es denn erhört, daß man wegen der liberalitas leiden muß. Ein ganz eigenthümlicher Gesichtspunct bleibt es daher allemal, von welchem die Römer hier ausgingen, und über welchen sich weiter nichts sagen läßt, als daß er angenommen war.

3) Bey den pactis welche nach neuerem Recht vollkommenes Römisches Verfolgungsrecht geben sowohl, als den pactis conventis ist hier die Frage, welche Culpa zu prästiren eigenthümlichen Schwierigkeiten unterworfen, weil die gesetzlichen Bestimmungen fehlen.

Von einigen dieser Verträge, z. B. dem Hypothekvertrage ist bereits oben gesprochen worden. Bey andern kann man füglich die oben von Contracten vorgetragenen Grundsätze entweder einzeln oder zusammen anwenden, je nachdem sie einem Contractsgeschlecht, oder mehreren Geschlechtern angehören. Da, wo es sich nicht de re restituenda oder de tradenda re, deren Eigenthum schon durch den bloßen Vertrag übergegangen ist, handelt, der Verbundene nur dann immer erst von seiner Verbindlichkeit befreyet wird, wenn die Sache durch einen casus mere fortuitus zu Grunde gegangen ist, so folgt, daß die Frage über die culpae praestatio, in so fern solche die custodia betrifft, hier gar nicht aufgeworfen werden kann. Hier, sey der Vertrag welcher er wolle, ge-

höre er dem jus gentium oder civile an, geht der Schadensersatz nur auf das directe Zuwiderhandeln der obligatio, und findet bloß in so fern einen Platz, als das Zuwiderhandeln sich auf Culpa gründet, wovon oben bereits ausführlich gesprochen worden ist.

Der Punct ist nur noch zu erörtern, welche Culga hinsichtlich der custodia und anderer Obligationen zu prästiren sey, wenn vertragsmäßig durch eine eigentliche conditio resolutiva das erworbene, und durch die Uebergabe bestätigte Eigenthum wieder aufgelöst wird. Z. B. bey der in diem addictio, oder wenn festgesetzt wird, daß es dem Verkäufer oder Schenker frey stehen soll, binnen einer gewissen Zeit den Kauf oder die Schenkung wieder aufzuheben.

Bekanntlich giebt es eine doppelte Art der addictio in diem, eine pura und eine conditionalis. Bey der ersten wird der Käufer sogleich Eigenthümer der Sache, bey der letzteren nur erst alsdann, wenn binnen der gesetzten Zeit das Anerbieten der melior conditio nicht erfolgt, oder doch nicht angenommen ist. Für beide Fälle wird hier vorausgesetzt, daß die Sache bereits tradirt war. Der Käufer besitzt für den Fall der addictio in diem conditionalis die Sache offenbar nur als eine fremde ihm anvertraute mit der Hoffnung des Eigenthumserwerbes. Er kann zwar weder als eigentlicher Depositar noch als Commodatar betrachtet werden; indeß ist er doch eher dem letztern zu vergleichen. Ueber praestatio culpae levis hinaus würde man schwerlich gehen können. — Bey der addictio in diem pura scheint ihm gar keine Culpa zugerechnet werden zu können, indem er wirklicher Eigenthümer der Sache geworden ist, und als solcher keine Aufmerksamkeit zu beobachten braucht, wenn er nicht will. Indeß ist zu bedenken, daß die addictio in diem ihn verpflichtet, eine Aufmerksamkeit auf die Sache zu haben, weil er ja nicht wissen kann, ob er sie nicht zurück-

geben muß. Doch glaube ich, daß über dolus und culpa lata hinaus keine Zurechnung statt finden könne, um so mehr als es ja ganz in den Händen des Verkäufers stand, noch mit der Uebergabe Anstand zu nehmen.

Frägt man hier nach der praestatio culpae auf Seiten des Verkäufers, der noch nicht tradirt hatte, so ist keine Frage, daß er für den Fall der addictio in diem pura schuldig ist, hinsichtlich der custodia rei, und der ihr anhängenden obligatio culpam levissimam zu prästiren. Denn es sind hier durchaus keine Gründe vorhanden, von der Regel auch nur im Geringsten abzugehen. Anders verhält sich die Sache bey der addictio in diem conditionata. Die Sache ist da noch ganz des Verkäufers: geht sie in der Zwischenzeit zu Grunde, so geht sie dem Verkäufer zu Grunde: in so fern es sich um die Leistung der Sache handelt, sind zwar die Folgen dieselben, denn es braucht auch dem Werthe nach nicht prästirt zu werden, was durch den bloßen Zufall zu Grunde gegangen ist: aber in Ansehung der Folgen und Wirkungen des Geschäfts im Ganzen ist doch die Verschiedenheit auffallend.

Beym Rückkaufsvertrage, möge er als pactum de retrovendendo oder de retroemendo erscheinen, stellt sich die Sache, wie bey der durch traditio bestätigten addictio in diem pura dar, und gilt davon alles was von dieser bereits gesagt worden ist.

§. 182.

Gehen wir jetzt zu den sogenannten Quasicontracten über, oder vielmehr zu allen Rechtsverhältnissen, bey welchen die obligatio einen contractsmäßigen Grund hat, sey dieser übrigens beschaffen wie er wolle.

Welche Culpa 1) bey der solutio indebiti von dem Empfänger der Nichtschuld zu prästiren, ist leicht zu beantworten. Er empfängt das indebitum entweder sciens in-

bitum esse, oder ignorans. Im erstern Falle findet bekanntlich condictio furtiva, im letztern nur condictio indebiti gegen ihn statt f). Im erstern Fall ist er daher auch in Ansehung der überkommenen Sache zu derselben diligentia verpflichtet, wozu der Dieb verpflichtet ist, d. h. zur diligentia maxima: er muß in so fern also auch culpam levissimam prästiren. Aber auch wie der Dieb haftet er für casum fortuitum, denn er war von Anfang an in mora restituendi. Bey dem, welcher ignorans ein Indebitum empfing, beginnt die mora restituendi nur erst mit dem Augenblick, wo er die Ueberzeugung erhält, ein Indebitum empfangen zu haben, zugleich treten alle oben entwickelte Folgen und Wirkungen des Verzuges ein, wohin auch die praestatio casus gehört. Denn er war von dem Augenblick der erlangten Ueberzeugung zur Restitution verbunden.

Nach gleichen Grundsätzen ist 2) die culpae praestatio bey der possessio sine causa zu beurtheilen g). — So lange man übrigens sich sowohl hier als beym indebitum im guten Glauben befindet, ist man von allem Schadensersatze befreyt, wenn auch die Sache noch so nachlässig war behandelt worden.

3) Bey der negotiorum gestio hat nicht sowohl die Frage über die culpae praestatio als über die Pericel ihre Schwierigkeiten.

Inst. III, 7, §. 1. heißt es: — — sicut autem is qui utiliter gesserit negotia habet obligatum dominum negotiorum: ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad *exactissimam* quisque diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere soleret:

f) *Dig. XII, 6, L. 18.*
g) *Dig. XXII, 7, L. 3 pr.*

si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia." Ganz unbedingt wird hier der negotiorum gestor zur praestatio culpae levissimae in abstracto verpflichtet. Die Pandecten erklären sich nicht so bestimmt über die von dem negotiorum gestor zu prästirende Culpa. In der Hauptstelle *Dig. III, 5. L. 11.* heißt es „Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus ait, interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novicios coemendo, vel aliquam negotiationem ineundo etc." Dem negotiorum gestor wird zwar die praestatio culpae auch hier zur Pflicht gemacht, jedoch nicht ausgedrückt, welcher Grad der Culpa von ihm zu prästiren sey. Indeß erhellt doch daraus, daß culpa und casus hier einander entgegen gesetzt werden, deutlich genug, daß culpa levissima gemeint ist. Ganz bestimmt ist nun auch *Cod. IV, 32, L. 24.* der Satz, daß der negotiorum gestor omnem diligentiam prästiren müsse, ausgesprochen worden. Denn wenn in so nahen verwandtschaftlichen Verhältnissen, als hier vorausgesetzt werden omnis diligentia gefordert wird, so muß sie noch um so mehr gefordert werden können, wenn die Personen sich einander als ganz fremd erscheinen.

Im Allgemeinen ließe sich also annehmen: jeder negotiorum gestor prästirt culpam levissimam? Nun aber handelt es sich theils um die Ausnahmen von der Regel; theils um deren nähere Bestimmung, besonders aber auch noch um die Frage nach der praestatio des casus fortuiti. Von der letzteren soll hier zuerst gesprochen werden.

Nach *Dig. III, 5, L. 11.* prästirt der negotiorum gestor nur casum fortuitum, wenn er sich in ein Geschäft einließ, womit sich der dominus negotiorum nicht zu befassen pflegte, wenn er auch eben sonst nicht risquirte. Eben so ist er nach

einer andern Stelle *Dig. c. l. et t. L.* für den Zufall zu haften schuldig, wenn er zwar in den für den dominus negotiorum gewohnten Art die Geschäfte betreibt, aber dabey risquirt. Denn risquiren darf er überall nicht, sey es im gewöhnlichen oder ungewöhnlichen Wege. Da die negotiorum gestio in ihrem Wesen nur so lange besteht als der dominus negotiorum nicht darum weiß, und nicht widerspricht, und sonst den Augenblick in stillschweigendes Mandat oder unrechtmäßige Anmaaßung übergeht, so folgt von selbst, daß man bey der negotiorum gestio nur speciali facto, d. h. durch besondere die Verbindlichkeit begründende Handlungen, und nicht pacto zur Leistung des casus fortuitus verpflichtet werden könne, und daß also mit Bynckershoeck [h]) nothwendig in der berüchtigten Stelle „*Cod. II, 19, L. 22.*" für „interveniente speciali *pacto*" i. f. *facto* gelesen werden müsse.

In so fern nun aber von der culpae praestatio selbst die Rede ist, fragt es sich zuvörderst: Wird die culpa levissima nur hinsichtlich der custodia, oder auch der Ausrichtung des übernommenen Geschäfts prästirt? Man kann unwiderlegbar annehmen, hinsichtlich beider, um so mehr als die negotiorum gestio so sehr mit dem Mandat zusammenhängt; obendrein sich hier jemand fremden Angelegenheiten ohne Auftrag unterzieht, was die Gesetze zwar auf der einen Seite billigen, auf der andern hingegen hassen. Nun lassen sich aber bey der negotiorum gestio Fälle denken, wo es doch zu hart seyn würde maximam diligentiam von den Geschäftsführer zu fordern. Einen solcher Fälle enthält schon *Dig. III, 5, L. 3. §. 9.* Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit, *dolum* solummodo versari, nam si *affectione* coactus,

---

h) Observat. L. 1, c. 7.

ne bona mea distrahantur, negotiis te meis obtuleris: aequissimum esse, dolum dumtaxat te praestare. Quae sententia habet aequitatem. Daß unter dem dolus auch hier die culpa lata begriffen wird, ist klar, nicht so klar ist es aber, wie weit die Ausnahme gehen soll. Zweyerley Bedingungen werden hier für die Ausnahme gesetzt. Die erste ist, daß man sich aus affectio der fremden Angelegenheiten annahm: die zweyte, daß ohne dem der dominus negotiorum einen unwiderbringlichen und großen Verlust erlitten haben würde. Kann man nun sagen, die Ausnahme gelte auch für die Fälle, wo man sich aus bloßer Menschenliebe den fremden Angelegenheiten unterzieht, und wo sonst der dominus negotiorum zwar nicht einen unwiderbringlichen, oder doch nicht großen Verlust erlitten haben würde, wohl aber einen sehr bedeutenden? Ich glaube nicht, denn es würde schwer halten zu bestimmen, wo der negotiorum gestor culpam levissimam zu prästiren verbunden sey und wo nicht: man würde immer einen Vorwand finden, ihn von der Leistung der culpa levissima zu entbinden. Soll also die gesetzliche Ausnahme statt finden, so müssen auch die Bedingungen derselben affectio und unwiderbringlicher großer Verlust vorhanden seyn. Dabey wird noch erfordert, daß sich der negotiorum gestor auf das Geschäft beschränkt hat, welches die Abwendung dieses Verlustes zum Zweck hatte: geht er weiter, so tritt unstreitig die Verpflichtung zur praestatio culpae levissimae seiner Seits ein. — Noch eine zweyte Ausnahme von der Regel, welche den negotiorum gestor zur praestatio culpae levissimae verpflichtet, scheint statt finden zu müssen, wenn er direct oder indirect selbst von dem Geschäft, welches er führte, Vortheil hatte; indeß sind deutliche Gesetze vorhanden, aus welchen erhellt, daß er nur so weit als ihn der Nutzen des Geschäfts trifft, von aller culpae praestatio befreyet ist (in so fern aber das negotium

die übrigen angeht, gleichfalls diesen culpam levissimam prästiren muß [i]).

Es ist oben bemerkt worden, daß die Culpa, welche der negotiorum gestor zu prästiren hat, ihn nicht bloß hinsichtlich der custodia, sondern auch der übrigen Obligationen treffe, die er als solcher zu leisten hat. Bekanntlich liegt ihm die Verpflichtung auf, nicht nur das einmal unternommene Geschäft zu Ende zu bringen, sondern auch die damit in Verbindung stehenden Angelegenheiten zu besorgen, und wenn er sich der Besorgung fremder Angelegenheiten im Ganzen unterzogen hat, auch das Ganze zu besorgen und nichts auszulassen. Es wird daher bey Beurtheilung der von ihm zu leistenden Culpa allemal darauf ankommen, ob er sich der Besorgung fremder Angelegenheiten im Ganzen oder nur im Einzelnen unterzogen hat, und was im leztern Fall mit dem Einzelnen, dem er sich unterzogen hat, zusammenhängt, desgleichen wo die negotiorum gestio überall die custodiam nothwendig machte. Denn man kann fremde Angelegenheiten sehr gut besorgen, ohne daß es einer custodia bedarf. Die custodia kommt daher bey der negotiorum gestio nur da in Betracht, wo sie als nothwendige Folge der Angelegenheit, deren Ausrichtung man sich unterzogen hat, erscheint, oder wo man durch Handlungen zu erkennen gegeben hat, daß man sich auch derselben zugleich unterziehen wolle.

Bey der Verwaltung der Tutel und Curatel wird ausgemacht nur culpa in concreto oder diligentia quam suis adhibere solent von den Vormündern und Curatoren prästirt: es bleibt aber immer noch die Frage, welcher Grad der Culpa denn eigentlich zu prästiren sey. Die gemeine Meinung von der praestatio der culpa levis wird durch die Pandecten nicht begründet: die Geseße reden bloß ganz allgemein

i) *Dig. III, 5, L. 6* und *L. 13.*

von der praestatio doli und culpa ohne den Grund der culpae genauer zu bestimmen [k]): daraus daß die Erben des Vormundes nur ob dolum und culpam latam defuncti verantwortlich gemacht worden sind, folgt auch noch nicht, daß der Vormund nur culpam levem zu prästiren hat: er kann eben so gut culpam levissimam zu prästiren schuldig seyn, und kann sehr wohl doch bey den Erben die praestatio culpae nur auf culpa lata beschränkt worden seyn. In eben dieser Allgemeinheit wird auch meist im Codex gesprochen [l]): nur eine einzige Stelle giebt es, welche sich deutlich darüber erklärt, welche Culpa von dem Vormunde zu prästiren. Dieß ist *Cod. V, 51, const. 7.* Quicquid tutoris dolo vel culpa lata aut *levi*, seu curatoris minores *amiserint*, vel *cum possent non adquisierint*, hoc in tutelae seu negotiorum gestorum utile judicium venire non est incerti juris. Das „non est incerti juris" deutet an, daß man wenigstens derzeit nicht mehr daran zweifelte, daß Tutoren und Curatoren nur für praestatio culpae levis verbunden seyn: ehedem mochte man wohl darüber im Zweifel gewesen seyn: die unbestimmten Aeußerungen der Juristen in den Pandecten deuten wenigstens darauf hin. In der ausgeschriebenen Stelle des Codex wird die praestatio culpae levis auf die ganze Administration, was nämlich die Vormünder und Curatoren verloren oder zu erwerben unterlassen haben, ausgedehnt.

Der Grund, warum Tutoren und Curatoren nur culpam levem zu prästiren haben, kann kein anderer seyn, als weil die Tutel sowohl als Curatel ein munus publicum ist, welchem man sich nicht freywillig unterzieht, sondern unterziehen muß. Daraus ist man zu schließen befugt, daß bey andern muneribus publicis dieselben Grundsätze statt fin-

k) *Cod. V, 37, const. 23.*
l) *Dig. XXVII, 8, L. 1. §. 1. Cod. V, 15, const. 1.*

den müssen, bey officiis publicis dagegen und der freywilligen Privatadministration entgegengesetzte Prinzipien anzunehmen seyn dürften.

Beym Mandat und der negotiorum gestio wird, wie wir oben gesehen haben, bey beiden culpa levissima von dem Mandatar und Geschäftsführer prästirt. Eine richtige Analogie erlaubt hier anzunehmen, daß bey der Administration des fremden Vermögens gleiche Grundsätze statt finden müssen, mag die Verwaltung von einem Privatus oder von der Obrigkeit übertragen worden seyn; denn in beiden Fällen war man sie auch auszuschlagen im Stande, und hat man sie übernommen, so erscheint man als Bevollmächtigter, weil es beym Mandat nicht darauf ankommt, ob solches zu einem oder dem andern Geschäft oder zu mehreren ertheilt worden ist.

Oeffentliche Aemter verpflichten gleichfalls zur diligentia maxima, denn in ihrer Uebernehmung liegt wirklich die Uebernahme eines Mandats. Darnach muß auch die Frage beurtheilt werden, welche Culpa die bey der Tutel und Curatel nachlässige Obrigkeit zu prästiren habe. Daraus, daß die actio de magistratibus conveniendis eine subsidiarische ist, und nur statt findet, wenn dem durch die Führung der Tutel und Curatel beschädigten Pupillen und Curanden sonst nicht geholfen werden kann m), folgt eben so wenig, als daraus, daß der Erbe des Magistratus nur für dolum und culpam latam des Magistratus selbst zu haften hat n), daß der

m) *Dig. l. et t. c. L. 6.* und *Cod. l. et t. c. const. 2.*
n) *Dig. XXVII, 8, L. 4.* Aus diesem Fragment müssen auch die generellen Ausdrücke in anderen Fragmenten, nach welchen bloß von der culpae praestatio ohne weiteren Zusatz die Rede ist, z. B. *Dig. c. l. et t. L. 7.* gedeutet werden.

der Magistratus nur culpam levem zu prästiren brauche. Deutlich erhellt zum Ueberfluß aus *Dig. XXVII, 8, L. 4.* „Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam magistratus quidem in *omne periculum* succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est," daß der Magistratus culpam levissimam zu prästiren hat. Die Erben des Magistratus werden hier zwar mit den Erben des Vormundes und Curators verglichen, aber es wird zugleich angedeutet, daß man die von dem Magistratus selbst zu prästirende Culpa nicht der gleich stellen dürfe, welche der Tutor und Curator zu prästiren hat. Das „omne periculum," welches hier der culpa lata entgegengesetzt wird, bedeutet nichts weiter, als daß die Obrigkeit für allen Schaden einstehen müsse, welcher sich durch irgend eine Fahrlässigkeit von ihrer Seite ereignet hat. So kann man es nicht deuten, daß sie für jeden Schaden zu stehen habe, der dem Pupillen oder Curanden aus der Tutel und Curatel erwächst: dieß würde offenbar zu hart seyn: es genügt, wenn sie alle Vorsicht angewendet hat, die irgend in ihrer Macht stand.

Es ist oben bemerkt worden, daß der Vormund und Curator nur culpam levem zu prästiren brauche. Es versteht sich aber dabey, daß er auf dem gewöhnlichen Wege zur Tutel oder Curatel gelangt sey. Wer sich zum Vormund und Curator obtrudirt, oder auch nur eine ihm zustehende Excusation unterläßt o), ist unbedenklich zur praestatio der cul-

o) Es versteht sich von selbst, daß der Vormund oder Curator die ihm zustehende Entschuldigung kannte, und sie doch unterließ. Denn wenn er sich in Unwissenheit befindet, möge ihm solche zugerechnet werden können oder nicht, so kann man nicht sagen, daß er sich freywillig einem gefahrvollen Geschäfte unterzogen habe.

pa levissima verpflichtet. Für den erstern Fall leitet hier schon die Analogie, und für den zweyten spricht der Umstand, daß der Vormund und Curator nur darum culpam levem zu prästiren haben, weil sie gezwungen sich der Verwaltung fremder Sachen unterziehen müssen. Wo dieser Zwang wegfällt, müssen auch schon sehr natürlich andere Grundsätze angenommen werden. Man kann aber nicht von einem der excusationem hat, und davon keinen Gebrauch macht, sagen, daß er sich gezwungen der Tutel und Curatel unterziehe p).

Aus den Gesetzen ergiebt sich fast schon von selbst, welche Culpa

5) bey der administratio rei communis, sey solche eine hereditas oder eine andere res communis zu prästiren. Wer sich einer solchen Verwaltung entweder ausdrücklich oder stillschweigend dadurch, daß er die res communis in seinem Besitz und Gewahrsam behält, unterzieht, verpflichtet sich zugleich zur praestatio der culpae levissimae. Denn es stand ja bey ihm, die Verwaltung an einen Andern abzugeben, und sich auf andere Weise seine Rechte zu sichern.

Die hier angegebenen Gesichtspuncte genügen, um bey jedem sogenannten Quasicontract den Grad der Culpa auszumitteln, welche der Verpflichtete zu leisten hat. Bey mehreren Quasicontracten, z. B. der versio in rem kann überall nicht von culpae praestatio die Rede seyn, weil es da gleichgültig ist, ob diligentia angewendet worden ist oder nicht.

§. 183.

Jetzt soll noch zum Schluß erwogen werden, was hinsichtlich der praestatio culpae bey Delicten und sogenannten Quasidelicten Rechtens ist. In so fern die Injuria (hier

---

p) *Dig. XXVII, 1, L. 2. §. 5.*

für widerrechtliche Beschädigung genommen) selbst ein Delict ist, scheint es, als müsse diese Lehre mit den oben vorgetragenen Grundsätzen von der Aquilianischen Culpa in Collision kommen. Das ist aber keinesweges der Fall: es gilt hier bloß der Frage, welche Culpa zu prästiren in Ansehung fremder Sachen, die durch das Delict in unsere Hände kommen, denn in so fern durch das Delict fremde Sachen selbst beschädigt werden, oder die Entwendung derselben schon beschädigt, tritt die Aquilische Klage concurrirend mit den aus dem Delict herrührenden Klagen ein. Wer aber durch ein Delict, z. B. durch Diebstahl oder Raub fremde Sachen in sein Gewahrsam bekommen hat, sey es als Urheber oder Theilnehmer des Delicts, ist in Ansehung derselben selbst den casus fortuitus zu tragen schuldig, weil er sich vom Anfang an in mora restituendi befand, wodurch sich denn die Frage über die praestatio culpae von selbst erledigt, weil da, wo sogar der casus fortuitus prästirt werden muß, von keiner culpae praestatio mehr die Rede seyn kann.

Bey den sogenannten Quasidelicten beruht die Verbindlichkeit zur Entschädigung allemal auf einer Culpa, die man sich hinsichtlich der Aufsicht zu Schulden kommen lassen, oder auf einer Vermuthung, daß man mit dem eigentlichen Beschädiger unter einer Decke gespielt, und mit ihm die Beschädigung gemeinschaftlich zu Stande gebracht habe. Es ist oben Seite 298 ein eigner Abschnitt für diese Fälle sowohl als für die Entschädigungsverbindlichkeit aus Eigenthumsverhältnissen angedeutet worden, zu welchem daher billig die weitere Ausführung verwiesen wird.

§. 184.

Am Schlusse dieses Abschnitts mögen noch die Fälle stehen, wo es sich außer den Contracts- und Delicts-Verhältnissen, desgleichen denen quasi ex contractu und quasi ex

delicto um die praestatio culpae fragt. Nach dem Zwecke des Buchs kann sehr natürlich auch nur über diejenigen gesprochen werden, wo die Theorie entweder zu berichtigen, oder doch näher zu bestimmen ist.

Hieher gehört 1) die culpae praestatio bey **usufructuarischen Rechten.** Nach den hier festzustellenden Grundsätzen müssen auch andere Personal-Servituten gehen: es ist auch ganz gleichgültig, wie das usufructuarische Recht seine Entstehung erhalten hat, ob es durch einen Vertrag oder einen letzten Willen, oder endlich durch das Gesetz begründet worden ist. Nur in so fern die lex usufructus keine Abänderungen macht, muß das hier stehende seine Anwendung finden.

Es kann hier sehr natürlich nur von dem wahren Usufructus die Rede seyn. Denn bey dem sogenannten Quasi-Usufructus wird der Usufructuar ja sogleich Eigenthümer der ihm in usumfructum gegebenen Sachen, und restituirt nur nach beendigtem Niesbrauch die Sache in eben der Qualität und Quantität. Von einer culpae praestatio hinsichtlich des zum Niesbrauch Erhaltenen kann daher um so weniger die Rede seyn, als er sich sonst selbst culpam prästiren müßte, auch von dem Augenblick an wo er empfangen die Pericel auf ihn übergeht q). — Anders verhält sich dagegen die Sache beym verus usufructus, wo der Usufructuar nicht nur die Sache selbst dereinst restituiren muß, sondern auch in der Zwischenzeit zur custodia und ordnungsmäßigen Behandlung derselben verbunden ist.

Ueber die von dem Usufructuar zu prästirende Culpa fehlt es durchaus an durchgreifenden gesetzlichen Bestimmun-

---

q) *Inst. II*, 4, §. 2. Bey dem Quasi-Usufructus wird ja durchgehends die Sache gegen Cautionsleistung eigenthümlich überlassen.

gen, daher hier meist analogisch zu Werke gegangen werden muß. Hinsichtlich der den Niesbrauch regelmäßig begleitenden custodia zuvörderst, läßt sich kein Unterschied zwischen ususfructus und commodatum machen, und ist daher kein Zweifel, daß hinsichtlich derselben jeder Usufructuar culpam levissimam zu prästiren schuldig sey. So viel hiernächst die übrigen Obliegenheiten des Usufructuars betrifft, fordern die Gesetze von ihm, alles zu thun, was ein diligens paterfamilias an seinen eigenen Sachen zu thun pflegt r). Bekanntlich sind dieß Andeutungen über die praestatio culpae levis in abstracto: exactissima diligentia wird nirgends von ihm verlangt. Man möchte fragen, warum nicht, da doch beym Commodat culpa levissima prästirt wird, und hier eben so wie beym Commodat der Gebrauch fremder Sachen und zwar noch in einem höheren Maaße und auf eine viel längere Zeit verwilligt wird? Der Grund des Unterschiedes liegt unstreitig darin, daß eines Theils bey einer längeren Verwilligung die Forderung der exactissima diligentia zu viel seyn würde, andern Theils der Usufructuar sich durch seine Nachlässigkeit selbst den größten Schaden thut, und endlich dritten Theils, wenn jemandem der Niesbrauch einer Sache unbestimmt überlassen wird, man ihm solchen nur mit Hinsicht auf seinen gewöhnlichen Fleiß überlassen haben kann, wenn nicht etwas anderes festgesetzt worden ist. Aber ich glaube hier noch eine Unterscheidung zu bemerken, die von höchster Wichtigkeit ist.

Der Zweck des Niesbrauchs ist ein doppelter, die Sache zu brauchen, und Früchte von der Sache zu ziehen. Wo die Gesetze von der Verpflichtung des Usufructuars omnem diligentiam anzuwenden, die ein bonus paterfamilias bey seinen Sachen anzuwenden pflegt, sprechen, da haben sie

---

r) *Dig. VII*, 1, *L.* 9. §. 2. u. *L.* 65.

immer die Bewirthschaftung der usufructuarischen Sache oder vielmehr die perceptio fructuum davon im Auge. Der andere Gebrauch der Sache, so wie er auch im Commodat enthalten ist, wird mit keinem Wort berührt. Sollte also wohl nicht die dem Usufructuar auferlegte diligentia boni patrisfamilias zu beschränken seyn auf die Bewirthschaftung der Sache, und die davon zu ziehenden Früchte, und sowohl hinsichtlich der custodia als des übrigen Gebrauchs nicht eben so wie beym Commodat diligentia exactissima anzunehmen seyn? Ich glaube allerdings, denn hier concurrirt die Verbindlichkeit aus dem Aquilischen Gesetz, welches bekanntlich auch culpam levissimam ahndet. Hat also der Usufructuar auch nur culpa levissima die Sache zu Grunde gehen oder selbst (außer bey der Bewirthschaftung in Hinsicht auf welche er durchweg nur culpam levem prästirt) beschädigt, so ist er allemal zum Schadensersatz verpflichtet [s]).

2) Kommt hier in Betracht die culpae praestatio bey der dos. Hinsichtlich der Sachen, deren Niesbrauch ohne besondere constitutio dotis die Frau dem Mann bewilligt hat, müssen dieselben Grundsätze eintreten, welche unter n. 1. vorgetragen worden sind, denn es ist hier

---

s) Ich unterscheide also beym Nießbrauch 1) custodiam rei. 2) Den Gebrauch der Sache ohne Hinsicht auf fructuum perceptio. 3) Die Anwendung zur fructuum perceptio. Alle drey Stücke sind in dem Ususfructus regelmäßig enthalten.

Die custodia und der Gebrauch ist beym Ususfructus der nämliche, wie beym Commodat, etwa läßt sich ein ausgedehnterer Gebrauch annehmen, der indeß hier nichts zur Sache thut. In der fructuum perceptio liegt eigentlich der unterscheidende Character, so wie auch in der Bestellung. Wenn nun alle Gesetze, welche die culpae praestatio beym Niesbrauch zum Gegenstand haben, sich bloß auf die Bewirthschaftung der Sache beschränken, so kann man um so weniger auch die custodia und den Gebrauch mit hineinziehen, als man sonst über die von der Regel ausgenommenen Fälle hinaus gehen würde.

nichts mehr und nichts weniger als usufructuarisches Recht, was dem Ehemanne gestattet worden ist. Nach dem Umstande, ob der ususfructus ein verus, oder nur ein quasiususfructus ist, müssen auch hier die Rechtsverhältnisse verschieden bestimmt werden. Ganz andere Grundsätze sind bey der dos anzunehmen. War 1) die dos bey der Uebergabe zu einem gewissen Preise nicht bloß abgeschätzt, sondern auch zu demselben dem Manne eigenthümlich überlassen worden, so kann seiner Seits von keiner Verbindlichkeit zur diligentia und praestatio culpae die Rede seyn, weil das Eigenthum und damit zugleich das periculum dotis auf ihn übergegangen ist. War hingegen 2) die dos zwar abgeschätzt worden, aber nicht in der Absicht, um sie dem Manne käuflich zu überlassen, sonden nur zu dem Ende, um bey der dereinstigen Restitution alle Streitigkeiten zu beseitigen, wo es sich um die Erstattung des Werths der dolo oder durch eine imputable Culpa des Ehemannes zu Grunde gegangenen oder weggekommenen Sachen handelt, oder war die dos gar nicht abgeschätzt worden, so kann schon das periculum dotis der Natur der Sache nach dem Ehemanne nicht zur Last fallen. Zwar wird er hinsichtlich der dos als dominus civilis in den Gesetzen aufgeführt, indeß hat dieß bürgerliche Eigenthum bekanntlich nichts weiter zu bedeuten, als daß er alle der Frau hinsichtlich der dos zustehende Rechte im eigenen Namen und ohne besonderen Auftrag der Ehefrau ausübt: sie selbst ist nach wie vor Eigenthümerin der dos und ist der Mann nur als ein usufructuarius mit der Befugniß zugleich Eigenthumsrecht auszuüben zu betrachten. Es kann also von dem Ehemanne nur praestatio doli und culpae hinsichtlich der dos gefordert werden, und müssen hier dieselben Grundsätze eintreten, welche oben von dem Usufructuar vorgetragen worden sind. Zum Ueberfluß wird das Gesagte noch durch ausdrückliche Gesetze bestätiget. So heißt es z. B. *Dig. XXIII*,

3, L. 17 pr. In rebus dotalibus virum praestare oportet tam dolum quam culpam, quia causa sua dotem accipit, sed etiam diligentiam praestabit quam in suis rebus exhibet und *Digest. XXIV, 3, L. 24, §. 5.* Quamvis enim diligentiam uxor eam demum ab eo exigat, quam rebus suis exhibet, nec plus possit. Es versteht sich indeß, daß hier auch dieselbe Modification wieder eintreten muß, welche oben beym ususfructus gemacht worden ist. Denn in so fern es bloß der custodia und dem Gebrauch der Dotalsachen — von deren Bewirthschaftung abgesehen — gilt, muß von dem Ehemanne auch unstreitig culpa levissima prästirt werden t).

---

t) Durch diese Modification dürften sich die einzelnen Fälle sehr leicht unter eine allgemeinere Ansicht bringen lassen, worüber Hasse a. a. O. Seite 560 folg. eben so schön als gründlich gesprochen hat. Zu bemerken ist, daß wenn für den gewöhnlichen Fall, d. h. wo die dos nicht des Verkaufs wegen abgeschätzt worden ist, auch nicht in Sachen besteht, an welchen nur ein quasi ususfructus statt finden kann, dem Manne periculum dotis zugeschoben wird, allemal vorausgesetzt wird, daß der Ehemann hinsichtlich der custodia oder des reinen Gebrauchs sich culpam zu Schulden kommen lassen, und da er in beider Hinsicht culpam levissimam zu prästiren schuldig ist, so kann ihm auch sehr gut periculum dotis zur Last gelegt werden, in so fern man unter Pericel hier nur den casus fortuitus versteht, z. B. der Mann hat in Beytreibung der zum Brautschatz gehörigen Gelder sich eine Nachlässigkeit zu Schulden kommen lassen. Es ist ganz etwas anders, ob eine Sache oder ein Recht verloren geht, weil man die Verjährung eintreten läßt, und durch Vernachlässigung bey dem Gebrauch, oder durch eine fehlerhafte Bewirthschaftung. Man kann sehr wohl für die beiden erstern Fälle culpam levissimam zu prästiren haben, wenn man für den letzteren schon mit der praestatio culpae levis davon kommt.

Die Sorge, daß nichts von der dos wegkommt, z. B. die unsicher stehenden Bautschatzcapitalien beygetrieben werden u. s. f. gehört sichtbar mit zur custodia und zu der derselben anhängenden administratio, welche letztere sich von der Bewirthschaftung gar sehr unterscheidet. Weil hier der Mann omnem culpam

Das periculum dotis trägt in dem zweyten, vorhin gedachten Falle, der Mann nur, wenn er es ausdrücklich übernommen hat, oder die dos an Sachen constituirt worden ist, an welchen wohl ein usufructus vel quasi, aber kein verus ususfructus statt finden kann.

---

zu prästiren hat, so konnte ihn auch sehr wohl *Dig.* XXIII, 3, *L.* 33 *pr.* das durch den Concurs des Versprechers eingetretene periculum dotis treffen.

XXVIII.

Schadensersatz aus dem Grunde des Eigenthums; Eigenthumsartiger Rechte oder auch nur des Besitzes und der Aufsicht §. 185 u. f.

§. 185.

Schon oben Seite 326 folg. ist bemerkt worden, daß jeder für die Leute stehen müsse, welche er in seinen Diensten hat, seyn sie Sclaven oder Freye, so auch für diejenigen, welche man in sein Eigenthum aufgenommen hat. Wie weit sich diese Verbindlichkeit erstrecke, desgleichen, in wie fern man überhaupt aus dem Grunde des Eigenthums, eigenthumsartiger Rechte, oder auch nur des Besitzes und der Aufsicht zum Ersatz des Schadens, der durch Sachen oder Personen, welche sich in unserm Eigenthume oder unter unserer Aufsicht befinden, verpflichtet sey, soll hier jetzt näher untersucht werden. Es läßt sich nicht vermeiden, daß gelegentlich Untersuchungen mit vorkommen, welche, strenge genommen, zu den vorigen Abschnitten gehören würden, weil sich hier die Doctrin zu sehr durchkreuzt, so wie es dort nicht zu vermeiden war, daß das Eine oder das Andere mitgenommen wurde, was eigentlich hieher gehört.

Vor allen Dingen kommt hier die obligatio eines patrisfamilias in Betracht, den von seinen Hauskindern und Sclaven angerichteten Schaden zu ersetzen. Die Verpflichtung entspringt hier aus der Verbindung des Eigenthums, der eigenthumsartigen Rechte und der Aufsicht mit einander. Es fordert indeß die obligatio hier noch nähere Bestimmung.

Nicht nur gegen den Herrn, sondern auch gegen jeden Besitzer eines Sclaven kann auf Entschädigung geklagt werden, wenn der Sclave jemandem Schaden zugefügt hat,

jedoch nur unter der Voraussetzung, daß die Handlung an sich überall imputabel ist. Es wird also culpa Aquiliana oder eine andere zur Schadensforderung sich eignende Widerrechtlichkeit vorausgesetzt. Die bekannte actio noxalis hat die Alternative zur Folge, entweder den zugefügten Schaden zu ersetzen, oder den Sclaven dafür hinzugeben, weil man es für unbillig hielt, wenn der Herr oder Besitzer über den Werth des Sclaven hinaus zur Entschädigung angehalten werden sollte [a]). Zur noxae datio wird aber der Herr und Besitzer nur gelassen, wenn ohne sein Wissen und seinen Willen der Schade zugefügt worden ist. Die Gesetze nehmen auch da den Willen des Herrn und Besitzers an, wo er, da er die schädliche Handlung hätte untersagen können, sie nicht untersagt hat [b]).

Die Entschädigungsklage folgt dem Besitz des Sclaven so, daß wenn inzwischen sich der Besitz geändert hatte, der gegenwärtige Besitzer besprochen werden muß, wenn auch unter ihm der Schade nicht war angerichtet worden. Der vorige Besitzer kann überall nicht mehr in Anspruch genommen werden, es sey denn vermöge der Regreßklage von dem jetzigen Besitzer, weil ja durch die Erstattung des Schadens der Werth des Sclaven verringert, oder durch die noxae datio gar die Sache ganz verloren gegangen ist [c]).

Die Verhältnisse ändern sich, wenn mit Wissen und Willen des Herrn oder Besitzers der Sclave Schaden angerichtet hat. Denn hier treten die ordentlichen Entschädigungsklagen gegen beide ein, und auf den vollen Ertrag des angerichteten Schadens, ohne daß noxae datio erlaubt ist. Es folgen auch die ordentlichen Entschädigungsklagen

---

a) *Dig. IX, 4, L.* 1 und 2.
b) *Dig. c. l. et tit. L.* 3 und 4.
c) *Dig. c. l. et t. L.* 7.

keinesweges dem Besitz des Sclaven, sondern finden gegen denjenigen statt, der damals Herr oder Besitzer des Sclaven war, als dieser den Schaden anrichtete, und zwar gegen ihn allein [d]).

Die noxae datio, wo sie erlaubt ist, befreyt den Eigenthümer und Herrn von weiteren Schadenansprüchen aus noch anderen gesetzwidrigen Handlungen des Sclaven als aus welchen er bereits besprochen worden war. Hatte er sich aber zum Ersatz des Schadens entschlossen, so bleibt er noch immer verantwortlich, so lange als noch der Sclave in seinen Händen ist. Wird er von Mehreren zugleich belangt, so kann er sich von der den Uebrigen zustehenden actio judicati durch die Nachweisung der geschehenen noxae datio an denjenigen befreyen, der zuerst als Sieger vom Kampfplatz trat [e]).

Es ist nicht nöthig, die direct jetzt unanwendbare Römische Lehre weiter zu verfolgen; aber gezeigt muß doch noch werden, wie es die Römer mit den non servis hielten, welche gleich den Sclaven Dienste leisteten, ohne deshalb in der herrlichen Gewalt zu stehen. Die Sache ist hinsichtlich unserer heutigen Domestiken von vieler Wichtigkeit.

Oben ist gezeigt worden, daß der Eigenthümer einer Insula schon für diejenigen einstehen müsse, welche auf dieser Insula als Mitbewohner aufgenommen worden sind. Warum, weil es die gemeine Wohlfahrt fordert, daß man keine Menschen auf- und annehme, welcher andern schädich werden können. Je näher man sich (kann man schließen) mit dem Aufgenommenen in Verbindung setzt, desto

d) Hieher gehören die Stellen in dem Titel der Pandecten ad leg. Aquil., worin die Klage gegen den Herrn und Besitzer aus der von dem Sclaven zugefügten Beschädigung gestattet wird.

e) *Dig. c. l. et t. L. 14 pr.*

stärker wird die Verpflichtung zur Entschädigung, wenn ein Anderer Nachtheile durch ihn erlitten hat. Ist es ja auch bey dem Sclaven nicht das Eigenthum allein, welches zum Ersatz des von ihm zugefügten Schadens verpflichtet: eben so gut verpflichtet ja auch der bloße Besitz dazu, und es ist klar, daß eigentlich die durch das nähere Verhältniß hervorgebrachte Schuldigkeit zur Aufmerksamkeit über alles entscheidet.

Man ist also wohl anzunehmen berechtigt, daß Herren für ihre Dienerschaft (d. h. für diejenige, welche sich nach dem Beyspiel der Römischen Sclaven fortdaurend um sie befindet, oder doch in ihrem festen Lohn und Brodt steht) eben so gut einzustehen verbunden sey, als bey den Römern die Herren und Besitzer für die Sclaven. Nur versteht es sich von selbst, daß diese Verbindlichkeit hier modificirt erscheinen muß. Denn da die noxae datio welche die Römische Verbindlichkeit des Herrn oder Besitzers eines Sclaven so sehr mindert, hier schon wegfallen muß, so kann sehr natürlich nicht eine so ausgedehnte Verpflichtung zum Schadensersatz bey einem Dienstherrn angenommen werden. Es läßt sich nur behaupten 1) daß die Dienstherrschaft generell zum Schadensersatz verpflichtet sey, wenn sie notorisch schlechte Subjecte in ihren Dienst aufnimmt, oder es an der nöthigen Aufsicht fehlen läßt. 2) Für einzelne von dem Gesinde verübte Beschädigungen alsdann einzustehen habe, wenn solche im Dienste selbst vorgefallen sind, z. B. sie schickt den Domestiken an jemand um eine Sache zu überbringen, die er durch seine Ungeschicklichkeit vernichtet u. s. f. In dem letztern Fall entsteht schon die Verpflichtung zur Entschädigung gewissermaaßen aus dem Auftrage, weil jeder Mandans den Schaden zu ersetzen verbunden ist, den der Mandatar bey dem ihm gemachten Auftrage anrichtet. Die analogia a contrario von dem, was weiter unten über die Verpflichtung der Gast-

wirthe 2c. gesagt werden wird, und die Analogie von dem ähnlichen, was vorhin über die Römischen Sclaven und weiter oben über die Bewohner einer Insula vorgetragen worden ist, dürfte hier zu folgenden Schlüssen berechtigen. 1) Für gesetzwidrige Handlungen der Dienstleute und den dadurch angerichteten Schaden, ist eigentlich keine Herrschaft einzustehen schuldig, es sey denn, daß sie solche connivirt, oder sonst durch den Mangel der nöthigen Aufsicht solche veranlaßt; sie hat 2) nur zu haften für den Schaden, der bey der Ausübung des Dienstes von den Dienstboten angerichtet worden ist, möge dabey dolus oder culpa von Seiten des Dienstboten concurriren. Auf einem andern Grunde beruht die Verbindlichkeit der Dienstherrschaft zum Ersatz des Schadens, welcher von den Dienstleuten durch Vernachlässigung von Feuer und Licht angerichtet worden ist *f*).

Die von Sclaven geltenden Grundsätze fanden in der älteren Zeit auch ganz alsdann statt, wenn von Hauskindern ein Schade war zugefügt worden. Als mildere Bestimmungen über die väterliche Gewalt aufkamen, wurden auch in dieser Hinsicht andere Grundsätze angenommen. *Instit. IV, 8, §. 7.* heißt es „Sed veteres quidem haec et in filiisfamilias masculis et foeminis admisere. Nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patiatur filium suum et maxime filiam in noxam alii dari: ut paene per corpus pater magis quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servis tantummodo noxales actiones esse proponendas: cum apud veterum legum commentatores invenimus saepe dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri." Es wird uns hier gesagt,

---

f) Die Gründe zu dieser Verbindlichkeit siehe oben Seite 326.

daß die actio noxalis bey den von Hauskindern angerichteten Schaden wegfalle, daß bey der noxae datio der Vater mehr als das Hauskind in Gefahr komme, z. B. wenn eine Tochter noxae gegeben werden solle, und daß endlich ja das Hauskind selbst wegen seiner Vergehen belangt werden könne. Allein mit allem dem ist noch nicht die alte Verbindlichkeit der Hausväter, für den von ihren Hauskindern angerichteten Schaden zu stehen aufgehoben worden. Es kann sehr gut die noxae datio wegfallen: es kann eben so gut das Hauskind selbst belangt werden (denn ja der servus selbst konnte belangt werden) ohne daß darum die alte Verpflichtung des Hausvaters im Allgemeinen aufgehoben wird. — Fragen wir indeß, ehe wir entscheiden, noch die concurrirenden Stellen der Pandecten-Compilation um Rath. Hieher gehören *Digest. IX, 4, L. 32, 33, 34* und *35*, welchen man es noch deutlich ansieht, daß sie theils nach den neueren Ansichten verstümmelt sind, theils auch diese schon von selbst ergriffen haben. Vorzüglich wichtig sind hier *L. 34.* „Quotiens enim nemo filium familias ex causa delicti defendit, in eum judicium datur," und *L. 35.* „Et si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet: tenet enim condemnatio: quinimmo etiam illud dicendum est, patrem quoque post condemnationem filii dumtaxat de peculio posse conveniri." Beide Stellen stehen noch in dem Titel de noxalibus actionibus, in welchem sie nach dem ältern Rechtssystem unstreitig ihren Platz finden mußten, nach dem neueren aber nicht, wenn man nämlich annimmt, daß die Verbindlichkeit des Hausvaters den von den Hauskindern angerichteten Schaden zu erstatten gänzlich aufgehoben worden, wenigstens keine actio noxalis mehr gegen denselben statt finde. Indeß thut das nichts zur Sache: man kann die gesetzlichen Bestimmungen so nehmen, als wenn gesagt worden, ehedem habe auch wohl ex maleficio der Hauskinder die actio noxalis gegen

den Hausvater statt gefunden, jetzt aber sey das nicht mehr der Fall, sondern es müsse immer gegen die Hauskinder selbst geklagt werden, und finde nur erst post condemnationem die actio de peculio gegen den paterfamilias statt. Zwar zeigt L. 34, daß die actio auch gegen den Hausvater statt finden könne, so oft er als defensor des Haussohns auftritt, indeß ist das kein auf den paterfamilias beschränktes Ereigniß, auch bey jedem andern Defensor des filiifamilias kann es eintreten. Das Resultat also ist: nach dem neueren Recht findet ex maleficio der Hauskinder keine actio noxalis mehr gegen den Hausvater statt. Aber ist damit jede Entschädigungsklage aufgehoben? Ich glaube: Nein, denn wenn der von den Hauskindern zugefügte Schade in einem Mangel der nöthigen Aufsicht seinen Grund hat, oder als nothwendige Folge einer schlechten Erziehung sich darstellt, so kann dessen Erstattung unbedenklich von dem Hausvater jedoch nur zur Hülfe gefordert werden. Daß, wenn auf seinen Befehl, oder seine Billigung der Schade zugefügt worden, die Entschädigungsklage gegen ihn statt findet, versteht sich ohnehin von selbst.

Die bisherige Untersuchung bahnt den Weg zur Beantwortung der Frage: welche culpam diejenigen zu prästiren haben, welchen die Aufsicht über Andere besonders anvertraut worden ist, wenn durch Vernachlässigung derselben sich ein Schade ereignet hat, z. B. die Aufseher der Wahnsinnigen, der Kinder u. s. w. Daß ein Unterschied zwischen diesen und denen, welchen die Aufsicht schon aus dem Grunde der Erziehung obliegt als Eltern und Vormündern, zu machen sey, versteht sich von selbst: die Verpflichtung zur Aufsicht ist ja hier weit stärker, weil sie besonders übernommen worden ist: ohne contractus mandati läßt sich fast die Sache nicht denken. Daraus folgt denn, daß der mit der Aufsicht Beauftragte auch zur praestatio der culpae levissimae

mae

mae verbunden ist, wenn die seiner Aufsicht Anvertrauten einen Schaden angerichtet haben g): je gefährlicher die Person ist, über welche die Aufsicht geführt wurde, desto größer ist die Verbindlichkeit des Aufsehers zur Wachsamkeit: aber auch bey an sich nicht gefährlichen Personen hilft keine Entschuldigung, weil einmal die Verpflichtung zur Aufsicht besonders war übernommen worden. So ist denn klar, daß zwischen der Aufsicht eines besonders damit Beauftragten, und eines, dem die Gesetze die Aufsicht bloß im Allgemeinen zur Pflicht machen, ein großer Unterschied statt finden muß. Eltern und Vormünder, (welche ihre Mündel zur Erziehung bey sich haben) haften für den von ihren Kindern im Hause angerichteten Schaden durchgehends, für den aber, welcher außer dem Hause angerichtet worden ist, nur alsdann, wenn sie solche ohne Aufsicht haben umher laufen lassen: derjenige hingegen, welcher die Aufsicht besonders übernommen hat, für allen und jeden Schaden, der von den seiner Aufsicht Anvertrauten angerichtet worden ist, sey er angerichtet wo er wolle. Man kann auch denen, welchen bloß im Allgemeinen die Aufsicht war anvertrauet worden, füglich nichts mehr als culpam levem imputiren.

Wir haben oben bey der Aquilianischen Culpa gesehen, daß um solche zu imputiren das Subject, welches den Schaden angerichtet hat, seines Verstandes mächtig seyn müsse.

---

g) Die Gesetze sind hier theils sehr dürftig, theils reden sie bloß in allgemeinen Phrasen, z. B. *Dig. I*, 18. *L.* 14. „Nam custodes furiosis non ad hoc solum adhibentur, ne quid perniciosius ipsi in se moliantur, sed ne aliis quoque exitio sint. Quod si committetur, non immerito *culpae* eorum adscribendum est, qui negligentiores in officio fuerint." Allein klar ist, daß wenn jemand besonders zur Aufsicht bestellt worden, er sich durchaus exculpiren müsse, wenn auf irgend eine Weise von dem seiner Aufsicht Anvertrauten ein Schade zugefügt worden ist.

Wenn also gleich sonst die Aufseher nur subsidiarisch zum Schadensersatz, und wenn solcher nicht aus dem Vermögen desjenigen, der den Schaden angerichtet hat, geleistet werden kann, verpflichtet sind, so trifft sie dagegen für solche Fälle, wo das ihrer Aufsicht anvertraute Subject überall seines Verstandes nicht mächtig ist, oder doch gesetzlich solchen Personen gleich gestellt worden ist, welche ihres Verstandes nicht mächtig sind, die Verbindlichkeit den angerichteten Schaden allein zu übernehmen. Deutlich ist das zwar nicht in den Gesetzen ausgesprochen worden, allein es fließt schon aus der Natur der Sache, und bedarf daher keiner weiteren gesetzlichen Bestimmung.

§. 186.

Ein zweyter hieher gehöriger von der noxa verschiedener Schade ist der, welcher von Thieren geschehen ist — pauperies — bekanntlich aus dem Grunde so genannt, weil ein Thier als vernunftloses Geschöpf keine injuriam oder Widerrechtlichkeit begehen kann [h]. In der generellen Bedeutung begreift die pauperies allen von Thieren angerichteten Schaden in sich, in der besonderen ist sie beschränkt auf denjenigen Schaden, welcher lascivia, pavore (so und nicht fervore muß gelesen werden, weil fervor offenbar mit zur lascivia gehört) aut feritate von Thieren angerichtet worden ist. Die Institutionen [i]) enthalten hier genauere und bessere Indicationen für die Sache als die Pandecten, in welchen die Unterscheidung ob das Thier secundum naturam oder contra naturam sui generis Schaden angerichtet hat, vorkommt, die mit eigen-

---

h) *Dig. IX*, 1, *L.* 1. §. 3.

i) *Inst. IV*, 9 *pr.* Animalium nomine, quae ratione carent, si quidem *lascivia*, aut *pavore*, aut *feritate* pauperiem fecerint, noxalis actio lege duodecim tabularum prodita est.

thümlichen Schwierigkeiten verbunden ist [k]). Noch richtiger stellt sich die Sache dar, wenn wir zwischen zahmen oder solchen Thieren, die um den Menschen leben und sich auf den öconomischen Nutzen beziehen, und eigentlichen wilden Thieren unterscheiden. Dieser Unterschied liegt auch deutlich genug selbst in den Gesetzen zum Grunde.

1) Bey zahmen Thieren ist der Eigenthümer derselben für den von ihnen angerichteten Schaden ohne Unterschied verantwortlich, möge der Schade in einer Vernachlässigung der custodia seinen Grund haben, oder nicht. Aber in Ansehung des zu leistenden Schadensersatzes und der auf denselben gerichteten Klagen findet ein bedeutender Unterschied statt, und kommt in so fern allerdings die Culpa des Eigenthümers in Betracht.

Hat nämlich der Eigenthümer durch Vernachlässigung der custodia oder durch eine ungeschickte Behandlung der Thiere den Schaden veranlaßt oder gar die Thiere denselben anzurichten bestimmt, so kann er mit der actio legis Aquiliae auf den vollen Schadensersatz besprochen werden. Der Anspruch findet für diesen Fall auch nicht bloß gegen den Eigenthümer, sondern auch gegen einen jeden Andern statt, welcher als Besitzer der Thiere den Schaden veranlaßt hat, endlich auch gegen den, der das Thier auf irgend eine Weise zur Zufügung des Schadens veranlaßt hat, und macht es hier überall keinen Unterschied, auf welche Art der Schade

k) *Dig. c. l. t. et L. §. 7.* Et generaliter haec actio locum habet, quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit. Zwar heißt es auch *Instit. c. l.* Haec autem actio in iis quae contra naturam moventur locum habet. Caeterum si genitalis sit feritas cessat, allein man sieht gleich aus dem Folgenden, daß das zahme und das wilde Thier hier einander entgegengesetzt werden. Tücken sind übrigens den zahmen Thieren eben so gut angeboren als den wilden.

zugefügt worden ist [l]). Wer ein Thier auf den Acker getrieben hat, um die Früchte abzufressen, den Hund gehetzt hat, daß er beißen müssen, das Pferd gereizt hat, daß es jemand hat schlagen müssen, ist in Aquilianischer Culpa, und unbedingt schuldig allen angerichteten Schaden zu ersetzen. Diese Fälle gehören sämmtlich zur lex Aquilia, welche ohne Rücksicht auf dolus und culpa bloß die Widerrechtlichkeit ahndet. Nun kann es sich aber auch zutragen, daß ohne alle Culpa auf Seiten des Eigenthümers ein zahmes Thier Schaden angerichtet, und dieser Fall ist allein unter dem si „quadrupes pauperiem fecisse dicatur" begriffen.

Es läßt sich hier eine verschiedene Veranlassung zu der Zufügung des Schadens denken. 1) Das Thier folgt bloß seinem Instinct, z. B. die Kuh geht auf den Acker und frißt das Getreide ab u. s. w. 2) Es beschädigt aus lascivia, pavor oder feritas. Von der letzteren kann man nur bey zahmen Thieren sagen, sie sey contra naturam, z. B. der Ochse stößt, das Pferd schlägt u. s. f. — Denn lascivia und pavor ist nicht contra naturam zahmer Thiere, wohl aber die feritas als Oppositum des zahmen Zustandes.

In den eben gedachten Fällen ist nur der Eigenthümer des Thiers, und zwar der, welcher es tempore litis contestatae war, zum Schadensersatz verpflichtet. Den bloßen Besitzer trifft die Verpflichtung nicht [m]). Indeß dürfte es mit dem Ausdruck dominus hier nicht so strenge zu nehmen seyn, es scheint vielmehr ganz gleichgültig zu seyn, ob man wirklicher dominus war, oder sich nur als dominus gerirte.

---

l) Hieher gehören *Dig. IX*, 1, *L.* 1. §. 4. und 5, 6. 8 und 11. Die Grenze zwischen der Aquilianischen Culpa und der Pauperies ist dadurch haarscharf gezogen.

m) *Dig. VIII*, 1, *L.* 1. §. 12. Zwar redet das Gesetz nur von der actio de pauperie, es läßt sich aber das darin Angenommene auch allgemein behaupten.

Die Klage auf Schadensersatz dagegen steht nicht bloß dem Eigenthümer der beschädigten Sache, sondern auch jedem Besitzer zu. That das Thier bloß zufolge seines Instincts Schaden, so richtet es denselben entweder durch Abweiden oder Abfressen der Früchte an, oder auf andere Weise, z. B. der Hund oder die Katze stehlen Fleisch aus der Küche etc. Im erstern Falle soll actio de pastu; im letzteren actio in factum statt finden. Beide Klagen gehen unbedingt auf eigentliche Entschädigung und schließen die noxae datio aus [n]). Hatte hingegen das Thier lascivia, pavore vel feritate Schaden angerichtet, so findet actio noxalis de pauperie statt. Dieser auch auf eigentliche Entschädigung gerichteten Klage kann sich der Eigenthümer durch die noxae datio entziehen, welche ihm darum nachgelassen worden ist, damit er durch das Eigenthum nicht zu sehr leide [o]).

Sämmtliche Klagen, die actio de pastu, die actio in factum und die actio de pauperie sind bedingt durch den Umstand, daß von Seiten des Eigenthümers des Thieres so wenig als eines Dritten dolus oder culpa concurrirt. Denn im ersten Fall findet gegen den Eigenthümer, und im letztern gegen den Dritten die actio legis Aquiliae statt. Im letztern Fall können auch die obengedachten Klagen nicht einmal subsidiarisch gegen den Eigenthümer angestellt werden, wenn der Dritte unzahlfähig seyn sollte.

---

n) *Dig. XIX*, 5, *L.* 14. §. 1. Wenigstens ist die noxae datio nirgends nachgelassen. Da die noxae datio überall nur als Beneficium erscheint, so kann man sie nur da gestatten, wo die Gesetze sie namentlich zulassen. Mittelst der Analogie wird hier auch nicht ausgereicht. Denn man kann nicht sagen, daß die Gründe, welche die noxae datio bey der actio de pauperie rechtfertigen, hier ganz passen.

o) *Inst. IV*, 9, *pr.* — Quae animalia si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem.

Die noxae datio bey der actio de pauperie dagegen ist bedingt dadurch, daß der Eigenthümer des Thiers die Angehörigkeit desselben nicht in Abrede gestellt hat. Denn wird er hernach des Gegentheils überführt, so ist er unbedingt zum Schadensersatz verpflichtet *p*).

Stirbt das Thier, welches den Schaden angerichtet hat, der durch die actio de pauperie verfolgt wird, ante litem contestatam, so ist die actio erloschen, weil die noxae datio, zu welcher der Eigenthümer befugt war, jetzt durch den Tod des Thiers behindert wird *q*).

Die actio de pauperie findet übrigens ohne Unterschied statt, ob das Thier den menschlichen Körper oder im fremden Eigenthume stehende lebendige oder leblose Sachen beschädigt hat. Eine Distinction für den Fall, wo ein Thier das andere beschädigt hat, kommt jedoch *Dig. IX, 1, §. 11.* vor. „Cum arietes vel boves (heißt es) commisissent, et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset, qui adgressus erat, cessaret actio: si is qui non provocaverat, competeret actio: quamobrem eum sibi aut noxam sarcire, aut in noxam dedere oportere." Sie

---

p) *Dig. VIII*, 1, §. 15. Interdum autem dominus in hoc non convenietur, ut noxae dedat, sed etiam in solidum; utpote si in jure interrogatus, an sua quadrupes esset, responderit, non esse suam, nam si constiterit ejus esse, in solidum condemnabitur. Es wird um die noxae datio auszuschließen erfordert, daß der Eigenthümer in jure interrogatus geworden sey, und geläugnet habe. Der interrogatio in jure ist gleich zu achten, wenn er jetzt verklagt, geläugnet hat, daß ihm das Thier, welches den Schaden angerichtet hatte, zugehöre, und nachdem auf Beweis und Gegenbeweis erkannt worden, der Kläger bewiesen hat. Die noxae datio wird also nicht ausgeschlossen 1) durch bloßes außergerichtliches Abläugnen. 2) Selbst nicht durch das Abläugnen vor Gericht, nur muß man es nicht auf den Beweis ankommen lassen.

q) *Dig. c. l. t. et L.* §. 13.

ist eine sehr natürliche Distinction. Ihr Resultat ist, daß so oft ein Thier vertheidigungsweise verfährt und so das andere Thier verletzt, actio de pauperie nicht statt findet r). Wer

---

r) Nach welchen Gründen man die Entscheidung *Dig. VIII*, 1, *L.* 5. nehmen soll, ist doch wirklich schwer zu bestimmen. Agaso (heißt es) cum in tabernam equum deduceret, mulam equus olfecit: mula calcem rejecit et crus Agasoni fregit. Consulebatur, possetne cum domino mulae agi, quod ea pauperiem fecisset? Respondi posse. Ob man hier mit der Florentina sowohl als den meisten Vulgatis liest „Agasoni" oder mit den Basilicis „τινὰ i. e. aliquem," ist sehr gleichgültig, denn es kommt ganz auf eins heraus, ob von der Mauleselin das Pferd geschlagen wurde, welches sie beroch, oder jemand, oder der Agaso. Sehr natürlich wurde wohl der Agaso getroffen, wenn außer dem Pferde noch jemand getroffen werden sollte. Aber es ist doch sonderbar, daß der Eigenthümer der Mauleselin wegen des Schadens verantwortlich seyn soll, da sie gereizt geschlagen hatte. Oder muß der Reiz so weit gehen, daß das Thier erbittert oder außer sich gebracht wird. Das scheint fast nach *Dig. VIII*, 1, *L.* 1. §. 7. „Ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem etc. der Fall zu seyn, besonders wenn man auf das was gleich folgt: „At si cum equum permulsisset quis vel palpatus est, et calce eum percusserit, erit actioni locus." Wer also bloß ein Pferd streichelt oder sachte klopft, ist zur actio de pauperie berechtigt, wenn es ihn beißt oder schlägt. Von dem Auflehnen gegen solche Caressen will also das Gesetz nichts wissen: dem Thiere soll es bloß nicht zur Last fallen, wenn es geschlagen oder verwundet, beißt oder schlägt. So war denn auch die Mula die Caressen des equi anzunehmen schuldig, und durfte nicht hintenausschlagen. Ein bischen lächerlich dürften doch hier die Entscheidungen der großen Römischen Juristen (mit Erlaubniß ihrer übergroßen Verehrer sey es gesagt) seyn. Manches Geschöpf unter der Sonne kann die Prügel eher als die Caressen vertragen, und mit dem Kitzeln steht das Beißen und Hintenausschlagen in einer so natürlichen Verbindung, daß man es immer beysammen findet. Vernünftiger Weise müßten also der Agaso sowohl, als der sein Pferd von dem olfacere mulam hätte zurückhalten sollen, als der Andere, der das Pferd nicht hätte kitzeln sollen, den durch ihre Schuld erlittenen Schaden tragen. Wer sich mit einem Thiere befassen will, muß sich erst darnach erkundigen, wie es behandelt seyn will.

ein Thier reizt und von demselben beschädigt wird, kann ja auch nicht auf Erstattung des Schadens klagen.

Nähere Bestimmungen scheint mir indeß noch die Zulässigkeit der actio de pauperie zu fordern, die sich aus einigen Pandectenfragmenten ergeben.

Daß der Beschädigte sich nicht in Culpa, entweder dadurch, daß er das Thier reizt, oder demselben, wenn es angebunden und dadurch von dem Eigenthümer erklärt ist, daß man sich vor demselben hüten solle, zu nahe kommt, befinden dürfe, ist klar. Es ist aber diese Culpa nicht allein, welche die actio de pauperie ausschließt, sondern auch jede andere Fahrlässigkeit kommt in Betracht, welche der gedachten gleich zu stellen ist. Auch den zahmen Thieren ist eine gewisse feritas eigen, in welche sie bey ihnen fremden oder unerträglichen Erscheinungen gerathen. Wer sich z. B. in einem rothen Kleide unter eine Heerde Rindvieh mischt und beschädigt wird, würde zur actio de pauperie unstreitig nicht berechtigt seyn. Uebrigens kann man eben nicht behaupten, wer auch nur sich culpam levissimam zu Schulden kommen lassen, habe actionem de pauperie nicht. Aber auf diligentiam mediam kann man wohl die Verbindlichkeit eines jeden beschränken und annehmen, daß wer culpam levem zu Schulden gebracht hat, von der actio de pauperie ausgeschlossen sey. Es versteht sich indeß, daß nach der Verschiedenheit der Thiere auch hier ein verschiedener Gesichtspunct angenommen werden muß, und auch die Gewohnheit mit diesen Thieren umzugehen, hier mit in Betracht kommt. Alle solche Umstände wollen von dem Richter in vorkommenden Fällen genau erwogen seyn.

Ganz anders verhält es sich 2) nach dem Römischen Recht mit wilden Thieren. Für die wilden Thiere auf dem Felde und in den Waldungen haftet der Eigenthümer durchaus

nicht: diese mag jeder erlegen, wenn sie ihm Schaden zufügen oder verscheuchen. Eben so wenig haftet er für die eingefangenen wilden Thiere. Nähert sich jemand ihrem Beschlusse und kommt dadurch in Schaden, so hat er sich selbst es zuzuschreiben, daß er sich nicht vorsah, und brechen die Thiere aus und beschädigen jemand, so soll der Eigenthümer dafür auch nicht verantwortlich seyn, weil angenommen wird, daß das Eigenthum sofort aufhöre als das wilde Thier ausgebrochen ist [s]). Die Verbindlichkeit zur Ersetzung des Schadens ist allein bedingt dadurch, wenn jemand gegen polizeyliche Verordnungen wilde Thiere an Orten hält ubi vulgo iter fit, und die Vorübergehenden von denselben beschädigt werden. *Inst. IV, 9, §. 1.* heißt es „Caeterum sciendum est, Aedilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter sit. Et si adversus ea factum erit, et nocitum homini libero esse dicetur: quod bonum et aequum judici videtur, tanti dominus condemnetur; caeterarum rerum quanti damnum datum sit, dupli. Daß der Hund hier mit den wirklich wilden Thieren zusammengeworfen wird, ist sehr natürlich, denn es wird ein beißiges Thier hier vorausgesetzt, das man nicht von der Kette lassen darf. Wer beißige Hunde gegen die Polizeygesetze umherlaufen läßt, verfällt unstreitig, wenn diese jemand beschädigen, in dieselbe Verpflichtung [t]). Daß

---

s) *Instit. IV, 9, pr.* Denique si ursus fugit a domino, et sic nocuit, non potest quondam dominus conveniri: quia desinit dominus esse, ubi fera evasit.

t) Nicht jeder Hund läßt sich von einem Fremden angreifen, wenn er übrigens auch nicht beißig ist. Wer einen fremden Hund angreift, den er nicht kennt, und wird gebissen, der hat es sich selbst zuzuschreiben. Etwas anderes ist es, wenn man zu jemand kommt, und wird von seinem Hunde ohne alle Veranlassung gebissen, und wieder etwas anderes, wenn man den Hund angreift und so von ihm gebissen wird.

der Klage nicht durch die noxae datio ausgewichen werden kann, ist sehr natürlich.

Nun frägt es sich noch, nach welchen Grundsätzen ist jezt der den Römern ganz unbekannte Wildschaden zu beurtheilen? Stand dem Beschädigten das Recht zu, die auf seine Grundstücke kommenden wilden Thiere zu tödten, so kann von der Verbindlichkeit des Eigenthümers den durch sie verursachten Schaden zu ersetzen, gar nicht die Rede seyn. Denn dem Eigenthümer der Waldungen kann nicht angesonnen werden, die wilden Thiere auszurotten: die Eigenthümer der angrenzenden Grundstücke mögen selbst die nöthigen Vorkehrungen treffen das Wild abzuhalten. Ist aber die Tödtung des Wildes, auch wohl gar die Verscheuchung desselben untersagt worden, so tritt allerdings die Verbindlichkeit des Eigenthümers der Waldungen zur Entschädigung derjenigen ein, welchen das Wild ihre Aecker abgefressen oder beschädigt hat. In dem Verbot der Tödtung oder Verscheuchung des Wildes liegt unstreitig culpa Aquiliana, und ich sehe daher auch keinen Grund, den Eigenthümer der Waldungen nicht zum höchsten Schadensersatze zu verbinden.

§. 187.

Das Eigenthum lebloser Sachen kann niemand zur Entschädigung verbinden, wenn diese durch Fallen oder auf andere Art Schaden verursachen. Die Verbindlichkeit zum Schadensersatz trifft hier allein denjenigen, der durch dolus oder culpa den Schaden verursacht hat. Die Culpa läßt sich hier auf mannichfaltige Weise denken, z. B. man reparirt ruinöse Gebäude nicht, und veranlaßt dadurch den Einsturz derselben; man stellt Holz, Eisen u. s. f. so schlecht auf, daß es bey irgend einer Erschütterung zusammenfallen muß; man hängt in der Höhe, oder sezt dort etwas so gefährlich, daß es durch irgend eine Erschütterung oder bey einem luft-

zuge herabfällt, oder man wirft endlich gar etwas aus der Höhe herab.

Dieß führt drittens auf die Lehre von der dejectio und effusio u. s. w., wobey die Verhältnisse mit Hinsicht auf den Schadensersatz noch etwas genauer erwogen seyn wollen.

1) Die Verpflichtung des Eigenthümers eines Gebäudes zur nothwendigen Reparatur desselben, ist von den Gesetzen so durchweg anerkannt worden, daß wenn dasselbe durch die Unterlassung zusammenstürzt und jemanden beschädiget, der Eigenthümer zum Schadensersatz verbunden wird, mögen seine Inquilinen, Arbeitsleute oder die Vorübergehenden beschädigt werden. Nur die Reparatur abgelegener und unbewohnter Gebäude mag ungeahndet unterbleiben. Was von dem Ganzen gilt, muß auch von einzelnen Parthieen gelten. Läßt der Eigenthümer eines Gebäudes das Dach nicht repariren, und die herabfallenden Ziegel beschädigen die Vorübergehenden, so ist er eben so unstreitig zum Schadensersatz verbunden, als wenn das Gebäude selbst ganz oder zum Theil wegen unterlassener Reparatur zusammenstürzt.

2) Das nachlässige Aufstellen oder Aufschichten von Holz, Steinen, Eisen u. s. f. kann nur bedingt zum Schadensersatz verpflichten, nämlich wenn das Aufstellen oder Aufschichten an einem Orte geschehen ist, wo Leute zu verkehren pflegen. Nicht bloß der Eigenthümer der Sachen, wenn er culpam begangen hat, ist verantwortlich, sondern auch der, dem er Auftrag gegeben hatte, die Sachen aufzustellen oder aufzuschichten, und der diesen Auftrag nachlässig ausgerichtet hatte.

3) Wegen des Herabwerfens von der Höhe haben wir ein deutliches Gesetz. Es steht in dem Titel der Pandecten ad legem Aquiliam, gehört aber zu den Stellen, welche, wie oben bemerkt worden ist, aus Versehen der Compilatoren in jenen

Titel gekommen sind. *Dig. IX, 2, L. 31.* heißt es: „Si putator ex arbore ramum cum dejiceret, vel machinarius hominem praetereuntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat, nec ille *proclamavit*, ut casus ejus evitari possit. Sed Mucius etiam dixit, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum, aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fieret: cum plerumque per privata loca iter fiat. Quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem: nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit an per eum locum aliquis transiturus sit." Daß die Stelle nicht in den Titel der Pandecten ad legem Aquiliam gehört, beweist der Umstand, daß bey der Aquilianischen Culpa auf den Unterschied zwischen dolus und culpa nichts ankommt, der hier gerade recht auffallend gemacht wird. Nach dem Gesetz wird ein Unterschied gemacht, ob dolo oder culpa die Beschädigung geschehen ist. Für dolose Beschädigungen tritt natürlich eine durchgängige Responsabilität ein. Bey bloß culposen Beschädigungen wird unterschieden, ob das Herabwerfen nach einem Orte hin geschehen ist, wo keine Leute zu verkehren pflegen, oder nach einem Orte hin, wo ein solches Verkehr statt findet. Im ersteren Fall trifft den Herabwerfenden gar keine Verantwortlichkeit, wohl aber im letzteren, jedoch nur alsdann, wenn keine praemonitio voraufgegangen ist, oder doch nicht zur gehörigen Zeit, so daß sich die in der Nähe befindlichen Personen noch zurückziehen konnten. Es ist keine Frage, daß die praemonitio für jeden Fall geschehen muß, wo man etwas von der Höhe herabwirft, wenn auch auf dem Bauplatze Zeichen ausgestellt seyn sollten. Denn solche Zeichen bedeuten weiter nichts, als daß man sich gegen

ein mögliches zufälliges Herabfallen, nicht gegen ein Herunterwerfen zu sichern habe. Es ist zu bemerken, daß das Gesetz von dem Falle redet, wo die Umstände das Herabwerfen schon gebieten. Beym Ausholzen eines Baums kann man von dem Ausholzer nicht verlangen, daß er jeden Zweig, denn er abschneidet, an einem Strick herunterlasse: eben so nicht von Bauleuten, daß sie alle Baumaterialien herunter tragen. Außer diesem Fall ist

4) das **Herunterwerfen** und **Herabschütten** aus Gebäuden nach einem Orte zu, quo vulgo iter fit durch die Polizeygesetze verboten, und kann sich der Contravenient nicht damit entschuldigen, daß er vorher und zeitig genug gewarnt habe [u]). Darum wird auch für solchen Fall der Antrag auf Schadensersatz ohne alle Limitation in den Gesetzen zugelassen. Das Herabwerfen oder Herabschütten nach einem Orte hin ubi vulgo iter non fit, muß man nach den Bestimmungen von *Dig. IX, 2, L. 31.* beurtheilen. Geschah es nach einem Orte hin, wo doch wenigstens Verkehr von Leuten ist, so muß die praemonitio voraufgehen, wenn man von der Verpflichtung zum Schadensersatz befreyet seyn will, außerdem ist aber auch die praemonitio nicht erforderlich.

5) Das „positum habere supra locum quo vulgo iter fit oder in quo consistitur, cujus casus cui nocere possit" ist durchaus verboten. Die natürliche Folge ist, daß

---

u) Bey der schlechten Polizey, welche in Deutschland fast allgemein vorkommt, dürfte die Vorschrift des Römischen Rechts doch immer mit Beschränkung anzuwenden seyn, besonders wenn es gar zur guten Ordnung gehört, den Unrath nach der Straße zu schütten. Denn wo die effusio und dejectio aus den Gebäuden nicht durch Polizeygesetze verpoent ist, oder wohl verpoent ist, nicht aber auf die Befolgung der Gesetze gehalten wird, kann man nur anwenden, was das Römische Recht für den Fall verordnet, wenn bey Ausholzungen Zweige, oder beym Bauen Baumaterialien herunter geworfen werden.

wenn es nichts desto weniger geschieht und jemand durch das Herabfallen beschädigt wird, Ersatz des Schadens gefordert werden kann, wenn auch gar keine Culpa dabey concurrirt. Dasselbe ist der Fall mit dem suspensum habere. Aber wenn nun beides, das positum und suspensum habere an einem Orte geschieht quo vulgo iter non fit et in quo non consistitur, wo aber doch Leute zu verkehren pflegen, nach dem Hofe zu? Hier kann unstreitig, wenn durch das Herabfallen jemand beschädigt worden ist, nur dann die Verpflichtung zum Schadensersatz eintreten, wenn bey dem positum vel suspensum habere eine Negligenz concurrirt.

6) Es lassen sich außerdem noch Fälle denken, wo durch das Herabfallen jemand beschädigt wird. Z. B. jemand läßt seine Fenster offen, die der Wind aushebt, und auf den Vorübergehenden herabwirft, oder er stellt etwas vor das Fenster in dem Innern des Zimmers, das durch den Luftzug herabgeworfen wird. Daß wegen aller dieser Nachlässigkeiten auf Entschädigung geklagt werden könne, ist keinem Zweifel unterworfen, nur dürfen diese Fälle nicht mit dem positum und suspensum habere verwechselt werden.

Für den Schaden, welcher durch dejectio und effusio in den zu n. 4. gehörigen Fällen angerichtet wordenist, haftet bekanntlich nicht bloß derjenige, welcher herabwarf und herabschüttete, sondern auch derjenige, zu dessen Disposition die coenacula standen, aus welchen herabgeworfen und herabgeschüttet wurde, weil es seine Pflicht ist, dafür zu sorgen, daß aus seinen coenaculis keine dejectio und effusio geschehe [v]). Aber für den Schaden, welchen das positum und suspensum anrichtete, haftet bloß der, welcher die gefährliche Handlung unternahm, oder sie zuließ [w]). Den Grund des

---

v) Dig. IX, 3, L. 1, pr.
w) Dig. l. tit. c. L. 5. §. ult.

Unterschiedes macht, daß bey der dejectio und effusio oft nicht ausgemittelt werden mag, wer der Thäter ist; man sich auch dafür nicht in Acht nehmen kann, bey dem „positum und suspensum" aber beides nicht der Fall ist. Es liegt in der Natur der Sache, daß wenn keine eigentliche positio und suspensio geschehen, sondern bloß eine Sache nachlässig ins Fenster gestellt worden ist, welche durch den Luftzug herabgeworfen wird, der Fall nach den Grundsätzen von der dejectio und effusio beurtheilt werden müsse.

Frägt man nun nach den Bedingungen des Schadensersatzes, so kommt in den obenerwähnten Fällen bey 1. gar nichts auf einen gewissen Grad der Nachlässigkeit, sondern bloß darauf an; daß man seine Gebäude so vernachlässigte, daß solche einstürzen mußten. Bey 2. muß allerdings ein gewisser Grad der Culpa in Betracht gezogen werden; man kann indeß schwerlich hier die culpa über die levis hinaus ausdehnen, weil man sonst, besonders bey den verkehrenden Ständen etwas Unmögliches fordern würde. Da die Gesetze über diesen Fall gar keine Verfügungen enthalten, so wird man sich hier um so mehr von der Billigkeit leiten lassen müssen, als bey der Zurechnung der Culpa alle Verhältnisse in Betracht zu ziehen sind. Bey Aufstellungen jedoch, die an einem öffentlichen Orte geschehen, durfte um so eher diligentia maxima zu fordern seyn, als die Erlaubniß dazu nur immer unter der stillschweigenden Bedingung ertheilt wird, daß dem Publicum keine Gefahr daraus erwachse. Bey 3. ist deutlich in den Gesetzen bestimmt worden, wenn die Nachlässigkeit zuzurechnen, und wenn nicht: von einem bestimmten Grade der Culpa kann folglich überall nicht die Rede seyn. Bey 4. und 5. kommt es allein auf das Factum an: ob dolus oder culpa concurrirt, ist im Ganzen gleichgültig. Man soll nichts aus den Fenster oder aus der Höhe herabwerfen, nach dem Orte hin ubi vulgo iter fit, oder ubi consistetur:

hat man es doch gethan, so ist man unbedingt wegen des zugefügten Schadens verantwortlich. Eben so verhält es sich bey dem positum und suspensum. Man soll auch nach solchen Orten zu nichts aushängen oder aussetzen. Es ist oben bemerkt worden, daß bey der dejectio und effusio die praemonitio zu nichts hilft, weil die dejectio und effusio verboten ist, und man folglich auch nicht nöthig hat, auf die praemonitio zu hören. Bey 6. kommt allerdings wieder die Culpa in Betracht. Man kann indeß hier wohl schwerlich mehr als praestationem culpae levis fordern, indem die Anforderung zur diligentia maxima darum zu groß seyn würde, weil es unmöglich ist, auf alles in seinem Zimmer so genau Achtung zu geben.

Wo der Ersatz des Schadens von demjenigen gefordert werden kann, zu dessen Disposition die coenacula standen, aus welchen herabgeworfen oder herabgeschüttet wurde, kommt natürlich eben so wenig die Frage über Culpa in Betracht, als bey demjenigen, der herabgeworfen oder herabgeschüttet hat. Mag er auch mit noch so großer Vorsicht seine Miethsleute gewählt und sich in dem Miethscontract Bedingungen gesetzt haben, welche er wolle, alles das hilft hier zu nichts. Denn die gesetzlichen Vorschriften, welche ihn in Anspruch zu nehmen gestatten, haben zugleich zum Zweck, die Verfolgung der Ansprüche wegen des erlittenen Schadens zu erleichtern.

Wird nach dem Betrag der Entschädigung gefragt, so geht es bey 1, 2, 3 und 6 nach allgemeinen Grundsätzen, bey 4 und 5 hingegen ist der Betrag zum Theil in den Gesetzen bestimmt worden; wo er nicht bestimmt worden ist, treten wieder die allgemeinen Grundsätze ein. *Dig. IX, 3, L. 1, pr.* heißt es „Unde in eum locum quo vulgo iter fiet, vel in quo consistetur, dejectum vel effusum quid erit, quantum ex ea re damnum datum factumve erit, in eum qui ibi habitaverit in duplum ju-

judicium dabo. Si eo ictu homo liber periſſe dicetur, quinquaginta aureorum judicium dabo: ſi vivet, nocitumque ei eſſe dicetur, quantum ob eam rem aequum judici videbitur, eum cum quo agetur condemnari, tanti judicium dabo. Si ſervus inſciente domino feciſſe videtur, in judicio adjiciam aut noxam dedere." Dieſe prätoriſche Erklärung geht, wie man beym erſten Blick ſieht, bloß auf die von dem inhabitator aedium bey der dejectio und effuſio zu leiſtende Entſchädigung. Von dem, welcher herabwarf oder goß, iſt mit keinem Worte die Rede. Es iſt ſehr natürlich, daß von dieſem der volle Schadensersatz gefordert werden kann, denn es iſt kein Grund vorhanden ſeine Verbindlichkeit nach der des Inhabitators zu beurtheilen. Wenn ſich alſo der Beſchädigte wegen der ihm beſchädigten Sachen von dem inhabitator aedium mit dem duplum abfinden laſſen muß, ſo hat er es nicht nöthig, wenn er denjenigen, welcher herabgeworfen und gegoſſen hat, ſelbſt in Anſpruch genommen hatte. Denn die praeſtatio dupli iſt eigentlich zur Erleichterung des Inhabitators eingeführt worden, der ohne das den vollen Schadensersatz hätte leiſten müſſen. Iſt aber der Inhabitator einmal in Anſpruch genommen worden, und hat das duplum geleiſtet, ſo kann hernach der Thäter nicht beſonders belangt werden, auch nicht auf das, was an dem vollen Schadensersatz fehlt. Denn der Beſchädigte hatte die Wahl, ob er den Inhabitator oder den Thäter beſprechen wollte.

Bey dem poſitum und ſuſpenſum beſtimmt *Dig. e. l. et t. L. 5. §. 6.* nur die Strafe, welche jemand leiden ſoll, der die polizeywidrige Handlung zu Schulden gebracht hat, nicht aber auch den Schadensersatz. Ne quis, heißt es, in ſuggruenda protectove ſupra eum locum qua vulgo iter fiet, inve quo conſiſtetur id poſitum habeat, cujus caſus nocere cui poſſit: qui adverſus ea fecerit in eum ſolidorum decem

in factum judicium dabo. In Absicht des Schadensersatzes müssen daher die allgemeinen Grundsätze um so mehr eintreten, als sie auch bey der dejectio und effusio statt finden.

§. 188.

Wohin man eigentlich die Verpflichtung der nautae, caupones und stabularii die bey ihnen verletzten Fremden zu entschädigen rechnen soll, bleibt noch gar sehr die Frage. Scheinbar ist von einer bloßen obligatio restituendi die Rede, und scheint eine Contractsverletzung zum Grunde zu liegen: betrachtet man aber die Sache genauer, so concurriren zugleich die Verbindlichkeit zur Aufsicht, eigenthumsartige Verhältnisse und eine gesetzliche Präsumtion der Mitwissenschaft und Collusion, aus welchem letzteren Grunde die obligatio auch wohl zu den Obligationen quasi ex delicto gezählt wird. Die Gesetze leiten die Verpflichtung aus der receptio salvum fore ab, stellen diese aber nicht als eine besondere Convention, sondern als bloßes Factum zufolge des Gewerbes das man treibt, dar. Auch zu den obligationibus quasi ex contractu zählen sie die Verbindlichkeit nicht, eben so wenig unbedingt zu den obligat. quasi ex delicto. Es bleibt also nichts übrig, als ihr hier ihren Platz anzuweisen, besonders da klar hervorgeht, daß die besondere Verpflichtung zur Aufsicht, welche durch das factum receptionis begründet wird, immer die Hauptsache bleibt.

Die Entschädigung, warum es sich hier handelt, ist als eine Ergänzung derjenigen zu betrachten, welche aus der locatio conductio gefordert werden kann. Wer sich auf einem Schiffe oder einem Fuhrwerke für sich oder seine Sachen eine Ueberfahrt ausbedungen hat, ist, wenn eine Beschädigung geschieht, zwar ex locato conducto schon zur Klage befugt, aber die Contractsverbindlichkeit reicht nicht zu, um ihm völlige Genugthuung zu verschaffen. Diese

kann ihm allein die obligatio ex receptione als eine besonders zu diesem Ende eingeführte Verbindlichkeit gewähren.

Um diese obligatio richtig zu fassen, müssen wir von dem hiehergehörigen prätorischen Edict ausgehen, und uns fortdauernd an dessen Verfügungen halten. Ait praetor (heißt es *Dig. IV, 9, L. 1, pr.*) Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituant, in eos judicium dabo. Ulpian fügt in seinem Commentar über das Edict §. 2. des ebengedachten Pandectenfragments hinzu: Maxima utilitas est hujus edicti: quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res eorum custodiae committere. Ne quisquam putet, graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant: et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi fraudibus. Bekanntlich hat man bey der Entwicklung der Verbindlichkeit der nautae, caupones und stabularii von jeher immer mehr auf das letztere als auf das erstere von Ulpian gebrauchte Argument Rücksicht genommen, da doch eigentlich das erstere das entscheidende ist.

Es bedarf hier keiner Erörterung der Frage, wer als nauta, caupo oder stabularius zu betrachten sey, da die Gesetze solche deutlich genug beantworten *). Es genügt zu bemerken, daß von Leuten die Rede ist, welche mit der receptio der Fremden ein Gewerbe treiben, und daß daher die gesetzliche Entschädigungsverbindlichkeit nicht gerade auf nautas caupones und stabularios zu beschränken ist, sondern alle ohne Unterschied trifft, die nach Art derselben Fremde und deren Sachen recipiren, mögen sie heißen wie sie wollen. Unsere Frachtfahrer, und unsere Posten recipiren eben so

*) *Dig. IV, 9, L. 1, §. 2 seq.*

gut als die nautae, caupones und stabularii, und es ist gar kein Grund vorhanden, die Entschädigungsverbindlichkeit ex receptione dabey zu verwerfen. Dagegen recipiren nicht die bloßen Vermiether von Zimmern und Niederlagen, und wenn auch die ersteren die Fremden mit allem, wie die Gastwirthe versorgen sollten, und noch viel weniger diejenigen, welche bloß Freunde oder Fremde aus Gastfreundschaft in ihre Wohnungen aufnehmen [y]). Auch kann die ursprüngliche obligatio eines Gastwirths verändert werden, wenn ein bey ihm eingekehrter Fremder sich ordentlich bey ihm eingemiethet, welches Einmiethen aber noch daraus nicht folgt, wenn für eine gewisse Zeit, welche der Fremde am Orte bleiben muß, er sich wegen Logis und ihm zu reichender Bedürfnisse mit dem Gastwirthe in einen ordentlichen Accord einläßt.

Das Edict des Prätors sagt nichts über Beschädigungen, welche den Fremden für ihre Personen zugefügt worden sind. Es spricht auch eigentlich nicht über ihren Sachen zugefügte Beschädigung. Es verbindet bloß die nautas, caupones und stabularios zur Restitution derjenigen Fremden-Sachen quas salvas fore receperint, und spricht sie bloß von dieser Restitution frey, si quid damno fatali contingit. Sehr merkwürdig ist hier die Entscheidung von *Dig. IV, 9, L. 3, §. 1*, welches Gesetz zugleich die Contractsverbindlichkeit mit der obligatio ex receptione sehr schön vergleicht. Ait praetor (heißt es) nisi restituent in eos judicium dabo. Ex hoc edicto in factum actio proficiscitur. Sed an sit necessaria videndum: quia agi civili actione ex hac causa poterit. Si quidem merces intervenerit ex ocato conducto: sed si tota navis locata sit, qui con-

---

y) Daher auch die Gastwirthe selbst nicht recipiren, wenn sie bloß gute Freunde bey sich aufnehmen. *Dig. l. et t. c. L.* 3. §. 2. Alles kommt hier darauf an, ob vermöge des eigentlichen Gewerbes recipirt wird oder nicht.

duxit, ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest: si vero res perferendas nauta conduxit, ex locato convenietur: sed si gratis res susceptae sunt, ait Pomponius depositi agi potuisse. Miratur igitur cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles? nisi forte inquit ideo ut innotesceret praetor curam agere reprimendae improbitatis hoc genus hominum: et quia in locato conducto *culpa*, in deposito *dolus* dumtaxat praestatur: *at hoc edicto* omnimodo *qui recepit tenetur*, etiam si sine culpa ejus res periit, vel damnum datum sit: *nisi si quid* damno fatali *contingit*. Inde Labeo scribit, si quid naufragio ant per vim piratarum perierit, non esse iniquum, exceptionem ei dari. Idem erit dicendum, et si in stabulo aut in caupona *vis major* contigerit. Der Receptor wird durch nichts von der Restitution der recipirten Sachen befreyt als durch damnum fatale, oder vis major, durch einen Zufall also, den abzuwenden nicht in seiner Gewalt stand. Wenn ohne das auch die Sachen ohne alle seine Schuld zu Grunde gingen, so haftet er doch. Das Gesetz schließt also die Lehre vom dolus und der culpa hier ganz aus. Aus den gegebenen Beyspielen wird klar, wie es mit der vis major hier gemeint ist. Daß Einbrüche von außen auch dahin gehören ist klar. Ob man aber auch in Wirthshäusern die Einbrüche von innen in den Fremdenzimmern oder das Erbrechen oder die Eröffnung der Zimmer durch Nachschlüssel oder Dietriche dahin rechnen könne, ist eine andere Frage. Ich glaube keinesweges, weil es sonst den Wirth oder seinen Leuten etwas leichtes seyn würde, die Fremden zu bestehlen und sich hernach mit vis major zu entschuldigen z).

z) Bekanntlich entstehen über den Punct oft Rechtshändel, die bald nach dieser, bald nach jener — meist falschen — Ansicht entschieden werden.

Es ist bemerkt worden, daß das Gesetz nur von der Restitution der Fremdensachen, nicht auch von ihrer unbeschädigten Restitution spricht. Indeß schließt das „salvum fore" schon die unbeschädigte Zurückgabe in sich, und war es nicht nöthig, solche noch besonders anzudeuten. Der Fremde ist daher nicht nur berechtigt, die Zurückgabe der recipirten Sachen zu fordern, sondern er kann auch darauf dringen, daß sie ihm unbeschädigt zurückgegeben werden.

Nach den Gesetzen kann nicht gefragt werden, wenn die Sachen der Fremden beschädigt worden oder gar weggekommen sind, ob der nauta, caupo oder stabularius in culpa ist oder nicht, desgleichen von wem die Beschädigung oder Entwendung geschehen ist. Nur die vis major allein kann die obligatio zur Entschädigung aufheben.

Es scheint aber nöthig zu seyn, das factum receptionis noch genauer zu beleuchten, aus welchem die obligatio entspringt. Besonders wichtig ist hier auch noch die Untersuchung: von welchem Zeitpunct die obligatio beginnt, und mit welchem sie aufhört.

Nach *Dig. IV, 9, L. 1, §. 8.* — Et puto omnium (rerum) eum recipere custodiam quae in navem illatae sunt, scheint die custodia — zugleich die obligatio — des nautae, caupo und stabularius sowohl als derjenigen Personen, welche ihnen gleich zu achten sind, mit dem Augenblick zu beginnen, wo die Sachen der Fremden in das respective Wirthshaus, Schiff oder stabulum mit ihrer Bewilligung (ausdrücklichen oder stillschweigenden) waren inferirt worden. Allein aus den unmittelbar vorhergehenden Worten.: Recipit autem salvum fore etc., noch mehr aber aus *L. 3. pr.* — Idem ait, et si nondum sint res in navem receptae, sed in litore perierint, quas *semel recepit* periculum ad eum pertinere" folgt deutlich, daß es nicht sowohl auf die Illation als vielmehr auf die Entgegennahme ankommt. Der Nauta, wel-

cher die ihm zugesendeten Sachen entgegengenommen hat, haftet von dem Augenblick der Entgegennahme dafür, und wenn auch mehrere Tage verfließen, ehe sie ins Schiff gebracht werden können. Ein Gleiches ist der Fall mit dem Gastwirthe, welcher die Sachen der Fremden aus den Wägen durch seine Leute hat entgegennehmen lassen. Der Anfang der obligatio wird also durch die Entgegennahme der Sachen bedingt; das Ende derselben bedingt die Zurückgabe. Die receptio macht sich zugleich allein durch die Entgegennahme der Sachen, und ist es gleichgültig, ob deshalb zuvor eine Verhandlung erfolgt ist, oder sich alles stillschweigend gemacht hat. Wer in ein Wirthshaus ohne anzufragen, ob man da logiren könne, einkehrt, ist eben so gut, wenn der Wirth ihn und seine Sachen aufnimmt, als recipirt zu betrachten, als wenn deshalb eine besondere Anfrage und bejahende Antwort voraufgegangen war. Nach gleichen Ansichten muß die Frage über die Reception bey dem nauta, dem stabularius und allen denen beurtheilt werden, welche ex facto receptionis gehalten sind.

Diese Dinge ließen sich nun wohl beseitigen, aber der Hauptpunct bleibt, ob die Sachen, deren unbeschädigte Restitution der Fremde verlangt der Disposition des nauta, caupo und stabularius zugleich ganz überlassen worden seyn müssen, oder ob es an der Reception in dem Wirthshause, in dem Stalle, im Allgemeinen schon genügt. Es macht doch bey der Reception im Wirthshause einen großen Unterschied, ob der Fremde dem Wirthe die inferirten Sachen einliefert, oder sie mit sich auf sein Zimmer nimmt. Im ersten Falle ist allein der Wirth der custos der Sachen, im letztern Falle hat er nur concustodiam. Diese concustodia kann auch nur bloß auf das Allgemeine gehen, z. B. dafür zu stehen, daß niemand in die Zimmer einbricht oder durch Nachschlüssel hineinkommt, auch keine Beschädigung und

Entwendung von Seiten der Seinigen vorfalle. Es würde wider alle Vernunft laufen, wenn man den Gastwirth für alle Beschädigungen und Entwendungen, welche die Fremden bey ihm erleiden, verantwortlich machen wollte: solche können ja auch durch Menschen geschehen, welche mit den Fremden verkehren. Die Römer konnten solche vernunftwidrige Forderungen nicht an die Gastwirthe machen, und es ist daher klar, daß die unbedingte Anforderung an die Gastwirthe, Schiffer rc. zur Restitution der Sachen quas salvas fore receperint nur auf die Fälle zu beschränken ist, wo ihnen diese Sachen ganz in ihre Verwahrung oder custodia sind abgeliefert worden. Wer mit der Römischen Bauart bekannt ist, und weiß, wie wenig besonders in Wirthshäusern für Bequemlichkeit und Sicherheit der Reisenden gesorgt war, wird um so weniger etwas gegen diese Behauptung einzuwenden wissen. Es gab in den Höfen der Wirthshäuser sichere Behälter — receptacula — wohin die Sachen der Reisenden gebracht wurden, und die allein unter der Aufsicht des Wirthes und seiner Leute standen. Der Reisende lieferte bey der Einkehr seine Sachen, die er mitgebracht hatte, einzeln an den Caupo ab, und forderte sie eben so einzeln bey der Abreise zurück. So konnte wohl der Caupo nicht bloß für die Restitution des Empfangenen, sondern auch für die unbeschädigte Restitution verantwortlich gemacht werden.

Ganz anders ist das alles in unsern Tagen, und daher entsteht eben die große Schwierigkeit in der Anwendung dieser von Sitten und Gebräuchen, die jetzt ganz verändert sind, ausgehenden Römischen Verfügungen. Es ist keine Frage, daß wenn ein Fremder bey seiner Einkehr in dem Gasthofe dem Wirthe einzelne Sachen übergiebt, er die ganze Römische obligatio gegen den Gastwirth geltend machen kann, aber es handelt sich um die Frage, welche Grundsätze anzunehmen sind, wenn wie gewöhnlich die Fremden einkehren

und ihre Sachen mit aufs Zimmer nehmen, ohne daß der Wirth einmal von deren Daseyn das Geringste weiß?

Man kann von einem Wirthe unserer Zeit wohl annehmen, er verspreche Sicherheit gegen alle Einbrüche von innen, und heimliche Eröffnung der Fremdenzimmer; er müsse auch für seine Leute einstehen u. s. w.; aber von der letztern obligatio wird erst weiter unten die Rede seyn: sie ist als eine besondere Verpflichtung zu betrachten, die mit der bisher erwogenen gar nichts gemein hat; und die erstere ist nur ein Theil der Römischen obligatio ex receptione. So lehrt die gesunde Vernunft, daß bey der Anwendung dieser Lehre auf unsere Gastwirthe mit großer Beschränkung verfahren werden muß, und dürfte sich ihre Anwendung etwa so machen.

1) Für Sachen der Fremden, welche dem Gastwirthe besonders überliefert worden sind, ist derselbe eben so verantwortlich, als der Gastwirth es nach dem Römischen Recht ist, denn auf diese paßt ganz das salvum fore receperint.

2) Für Sachen dagegen, welche die Fremden mit auf ihre Zimmer genommen haben, mögen sie deren Illation dem Wirthe angezeigt haben oder nicht (denn die bloße Anzeige kann nichts helfen, wenn die Sache nicht zugleich in den Beschluß des Wirths abgeliefert worden ist) haftet er ex receptione [a]) nur in so fern, als bewiesen werden kann, daß sie durch einen Einbruch von innen oder durch den Gebrauch der Nachschlüssel beschädigt oder entwendet worden sind. Es

a) Ich sage hier absichtlich „ex receptione" denn bekanntlich giebt es auch noch eine andere obligatio, von welcher weiter unten die Rede seyn wird.

ist seine Sorge, dafür zu stehen, daß sich keine Diebe ins Haus einschleichen, und die Fremden bestehlen. Indeß ist keine Frage, daß wenn ohne das durch die Nachlässigkeit des Fremden selbst, der seine Zimmer offen ließ, Schaden angerichtet wird, dieser den Wirth nicht kümmert.

3) Kommt dem Fremden auf seinem Zimmer etwas weg, oder wird ihm beschädigt, ohne daß Einbruch oder Gebrauch von Nachschlüsseln nachgewiesen werden kann, so geht das den Wirth nichts an, weil der Fremde die Sachen in seiner eigenen custodia hatte. Erbrechungen, die im Innern der Fremdenzimmer geschehen, gehen gleichfalls den Wirth so lange nichts an, bis nachgewiesen worden ist, daß sie mit äußeren Erbrechungen zusammenhängen. Boshafte und betrügerische Fremde könnten ja leicht diese Erbrechungen selbst vornehmen, um von dem Wirthe den Ersatz eines Schadens einzuklagen, welchen sie niemals erlitten. Kurz! ex receptione kann der Wirth wegen Entwendungen und Beschädigungen, die auf den Fremdenzimmern geschehen, nicht anders belangt werden, als wenn durch Einbruch oder Nachschlüssel die äußere custodia verletzt worden ist, welche er nur allein übernommen hat.

Aus dem Gesagten ergiebt sich nun

4) von selbst, daß wenn den Reisenden, welche bloß einkehren um sich zu erfrischen, und ihre Sachen in der Gaststube ablegen, etwas wegkommt, der Gastwirth dafür um so weniger zu stehen nöthig hat, als er für die Gaststube auch nicht einmal die äußere custodia übernommen hat und übernehmen kann.

Das Gesagte wird durch *Dig. IV*, 9, *L.* 5. vollkommen bestätigt. Nauta (heißt es) et caupo et stabularius mercedem accipiunt non pro custodia, sed nauta ut trajiciat vectores, caupo, ut viatores manere in caupona patiatur, stabularius, ut permittat jumenta apud eum stabulari: et tamen *custodiae* nomine tenentur. Nam et fullo et sarcinator non pro custodia sed *pro arte* mercedem accipiunt et tamen custodiae nomine ex locato tenentur. Es erhellt aus diesem Gesetze deutlich, daß alles auf die **ausdrückliche** oder **stillschweigende** Uebernahme der custodia, desgleichen darauf ankommt, **in welcher Art** im **letztern** Falle die custodia als übernommen betrachtet werden mag. Daraus, daß jemand ins Wirtshaus hineingeht, seine Sachen in der Gaststube ablegt, sich Erfrischungen reichen läßt, und diese ihm auch gegeben werden, folgt noch nicht, daß der Gastwirth auch die custodiam seiner Sachen übernommen habe. Daraus, daß der Reisende förmlich einkehrt, sich ein Zimmer geben, und auf dieses seine Sachen bringen läßt, folgt weiter nichts, als daß der Gastwirth die custodiam des Zimmers, nicht auch der Sachen übernommen habe: die custodiam der letzteren behielt sich ja der Reisende selbst durch seine Handlungen vor. Nur dann erst, wenn diese Sachen dem Wirthe übergeben worden sind, und er sie entgegen genommen hat, wird er ex receptione zur custodia, und zugleich zur unbeschädigten Restitution derselben verpflichtet, wenn er auch weiter nichts versprochen haben sollte. Nur aus der ausdrücklichen oder stillschweigenden Reception kann hier die obligatio des Gastwirths entstehen: nun erst kann man von ihm sagen: er habe salvum fore recipirt, und „non dubitari oportet, quin is qui salvum fore recipit non solum *a furto*, sed etiam *a damno* recipere videatur." Das „a furto" versteht sich sehr natürlich nur von Diebstählen, die auf die gewöhnliche Weise vorfallen. Denn für Einbrüche ins

Wirthshaus von außen kann natürlich der Wirth nicht stehen, weil sie zur vis major gehören b).

Verschieden von der obligatio ex recepto der nautae caupones und stabularii, ist die obligatio dieser und ihnen gleich zu stellender Personen aus dem **Diebstahl**, welchen die in ihren **Diensten stehende Leute** an den Sachen der Reisenden begangen haben. Man hat immer diese obligatio nicht scharf genug herausgehoben: meist findet man sie in den Schriften der Rechtsgelehrten ganz mit der obligatio ex recepto zusammengeworfen. Es hat diese obligatio einen **zwiefachen Grund**, **einmal** den, daß jeder für seine Leute einzustehen schuldig ist, **zweytens** den, daß der nauta, caupo und stabularius durch die Reception für die Handlungen seiner Leute sich um so mehr verpflichtet, als er selbst schuldig ist, sich alles Angriffs an den Sachen der Reisenden zu enthalten, und die Reisenden ja dem Wirthe und seinen Leuten freyen Zutritt zu ihren Sachen gestatten müssen. Bey dieser obligatio, wenn sie geltend gemacht werden soll, ist aber nothwendig, daß zuvor **erwiesen** worden, die Entwendung sey von des nautae cauponis und stabularii Leuten geschehen. Es ist, wenn Entwendungen im Gasthofe vorgefallen sind, nicht hinreichend, nachzuweisen, die Zimmer seyen beständig

b) Man kann dem Wirthe bis die Sachen der Fremden auf die Zimmer geschafft sind nur in so fern eine allgemeine Verpflichtung zur custodia auferlegen, als er solche durch seine Leute entgegennehmen läßt. Sind diese nachlässig, so ist unstreitig der Wirth dafür verantwortlich. Sind die Sachen auf die Zimmer geschafft worden, so fängt seine custodia für diese an. Die besondere custodia im Innern ist Sache des Fremden.

Man werfe mir nicht vor, daß ich hier die Wirthe zu sehr begünstige, dadurch, daß ich zwischen genereller und specieller custodia unterscheide. Die Sache ist doch sehr natürlich, und dieser Unterschied macht sich auch nur bloß um eine Anwendung der Römischen Gesetze auf unsere Gastwirthe hervorzubringen, die sich ohne das nicht macht.

verschlossen gewesen, nie erbrochen worden u. s. f. Es ist ja doch möglich, daß die Entwendung geschehen, ohne daß des Wirths leute daran im geringsten Theil genommen haben. Ohne daß also bestimmt nachgewiesen worden, die Entwendung sey von des Wirths leuten geschehen, kann keine obligatio des Wirths zur Ersetzung des Schadens angenommen werden.

Nautae, caupones, stabularii und die ihnen gleich gesetzten Personen können also aus zweyerley Gründen in Anspruch genommen werden 1) ex receptione; 2) ex furto, wenn solches als von ihren leuten begangen nachgewiesen werden kann. Wie weit die obligatio ex receptione geht, ist oben gezeigt worden, wie weit die obligatio ex furto, welches von den leuten des caupo, nauta, stabularius etc. begangen worden, geht, soll jetzt noch näher untersucht werden.

Vor allen Dingen entsteht hier die Frage, ob auch das damnum injuria datum unter dieser obligatio begriffen ist? Die Gesetze sprechen bloß vom furto: dafür scheinen die mehr gedachten Personen unbedingt einstehen zu müssen, weil sie um so mehr schuldig waren, sich nach rechtschaffenen leuten umzusehen, als sie ein Gewerbe betrieben, welches fordert, daß man sich mit rechtschaffenen Leuten umgebe: in dieser Hinsicht muß ihnen auch culpa levissima zugerechnet werden: sie scheinen sogar nicht befreyet werden zu können, wenn sie auch nachweisen alles erfüllt zu haben, was maxima diligentia fordert. Aber dafür, daß die Domestiken auch tüchtige Subjecte sind, scheinen sie um so weniger einstehen zu können, als es fast unmöglich ist, Personen ohne Fehler zu Diensten zu erhalten.

Indeß ist auch beym nauta deutlich in den Gesetzen bestimmt worden, daß derselbe auch für jedes damnum haften soll, welches den recipirten Sachen von seinen leuten zugefügt worden. Es heißt *Dig. IV, 9, L. 7, §. 3.* „Si servus

nautae damnum dederit, licet servus nauta non sit, aequissimum erit, in exercitorem actionem utilem dare." Sogar also wenn der Sclave, den der Schiffer bloß mit sich führte, der also nicht zu den Matrosen gehörte, beschädigt hat, soll gegen ihn auf Entschädigung geklagt werden können. Und es ist kein Grund vorhanden, warum das was von nautis gilt, nicht auch auf caupones, stabularios und alle ihnen gleichgesetzte Personen Anwendung finden sollte; denn die obligatio ist durchweg dieselbe, und wenn gleich für einzelne Bestimmungen nur bald der nauta, bald der caupo etc. erwähnt wird, so sind doch alle unter dem Pandectentitel mit einander verbunden.

Nautae, caupones und stabularii haben also nicht bloß für das furtum einzustehen, welches von ihren Leuten an den Fremden begangen worden ist, sondern auch für die von denselben zugefügten Beschädigungen, in so fern die letztern überall mit der actio ex lege Aquilia eingefordert werden können.

Nun bleibt noch die Frage: welche Subjecte können zu des nautae, cauponis und stabularii Leuten gerechnet werden, wofür er einzustehen schuldig ist? Im engsten Sinne können nur zu des caupo und nauta Leuten gezählt werden diejenigen, welche das Haus- und Schiffsgesinde ausmachen: daraus, daß der nauta aber auch für die Handlungen des servus, den er bloß für seine eigene Bequemlichkeit mit sich führt, stehen muß, folgt jedoch, daß alle Recipienten auch für die Leute einstehen müssen, welche sie um sich haben, wenn sie sich auch derselben nicht als eigentliche dienstthuende Leute, mit Hinsicht auf die Fremden bedienen sollten. Aber nun kommen zwey Stellen vor, welche die obligatio des nautae, cauponis und stabularii noch weiter ausdehnen. Die erste ist *Dig. IV, 9, L. 1, §. 8.* — — et factum non solum nautarum praestare debere, sed et *vectorum.* Die zweyte

ist *L.* 2. ibid. Sicut et caupo *viatorum.*" Aus der ersteren Stelle erhellt, daß der nauta auch für die Handlungen derjenigen haften soll, welche mit überschiffen oder für die Handlungen der Schiffspassagiere, und nach der zweyten Stelle wird auch der Wirth verbindlich gemacht, für die Handlungen der bey ihm bloß eingekehrten — viatorum c). Dieß scheint wirklich sehr hart zu seyn, denn fast unmöglich ist es, dem nauta und caupo, sich nach der Eigenschaft derjenigen Menschen zu erkundigen, die er aufnimmt. Indeß scheinen die Gesetze, wenn in navi oder caupona gestohlen oder beschädigt worden ist, darauf darum nicht Rücksicht zu nehmen, weil der Fremde sich so ganz dem caupo und nauta hat überlassen müssen, und es doch bey diesem stand, ob er aufnehmen wollte oder nicht. Die Gesetzgebung kann fast nicht umhin, in solchen Fällen alles auf die Vorsicht des Recipienten und auf diese allein ankommen zu lassen. Ist aber der Wirth auch verantwortlich für die, welche er recipirt hat, so kann doch die Responsabilität nicht auf diejenigen ausgedehnt werden, welche bloß des Verkaufs wegen oder in andern Geschäften aus- und eingehen. Denn er kann ja nicht wissen, ob selbige nicht selbst von dem Fremden bestellt sind, und unmöglich kann er sich nach jedem Aus- und Eingehenden erkundigen.

Die obligatio des nauta, caupo u. s. f. ex furto ist weit härter als die ex receptione. Denn er kann ex furto

---

c) Die viatores werden von den inhabitatoribus, d. h. den Reisenden, welche förmlich Quartier genommen haben, unterschieden. Wenn der Wirth schon für die viatores stehen muß, so ist er noch um so viel mehr für die inhabitatores zu stehen schuldig. Wer bey ihm fortdauernd wohnt, gehört nun sogar zu den Seinigen. Viatores sind Reisende, welche in ein Wirthshaus bloß einkehren um sich zu erfrischen und alsdann weiter reisen.

auf das duplum verklagt werden [d]: ex receptione dagegen findet nur die Klage auf den einfachen Werth, oder die simple Restitution statt. Ex damno injuria dato muß die nämliche Klage wie ex furto und zwar auch eben so hoch statt finden, denn da die obligatio des nautae, cauponis et stabularii hier quasi ex maleficio und zwar deswegen abgeleitet wird, weil er sich entweder schlechte Leute zum Dienst hält oder schlechte Leute aufnimmt [e]), und das damnum injuria datum eben so gut ein Verbrechen ist, als das furtum, so kann auch zwischen beiden kein Unterschied seyn [f]).

Es kommt noch eine Stelle in dem Pandectentitel: nautae, caup. stabul. vor, welche sich auf die obligatio des nauta, caupo u. s. f. ex furto und damno injuria dato von denjenigen, für deren Handlungen er verantwortlich ist, und zwar auf diese allein bezieht, obgleich sie von Vielen auch auf die obligatio ex receptione bezogen wird. Dieß ist *Dig. IV, 9, L. 7, pr.*, wo es heißt: Debet exercitor omnium nautarum suorum, sive liberi sive servi factum praestare: nec immerito eorum factum praestat, cum ipse eos suo periculo adhibuerit: sed non alias praestat, quam si *in ipsa nave* damnum datum sit. Caeterum si *extra navem*, licet a nautis, non praestabit. Item si *praedixerit* ut *unusquisque vectorum res suas servet*, neque damnum se praestiturum, et *consenserint* vectores *praedictioni*, non tenetur."

Daß

d) *Dig. IV, 9, L. 7, §. 1.*
e) *Dig. l. t. et L. c. §. 4.*
f) Schon jede Dienstherrschaft ist verbunden für den Schaden zu stehen, den ihre Leute in ihren Geschäften anrichten; um so mehr also derjenige, welcher mit der Aufnahme der Fremden und ihrer Sachen ein eigentliches Gewerbe treibt.

Daß die Stelle auf die obligatio ex receptione überall nicht bezogen werden kann, erhellt einmal aus ihrer Fassung, nach welcher allein von der obligatio ex furto und damno injuria dato darin die Rede ist; hiernächst aber auch daraus, daß bey der Anwendung auf obligatio ex receptione eine protestatio facto contraria entstehen würde, die nach den Gesetzen nicht zulässig ist. Wer salvum fore recipirt, kann nicht erklären, daß er für salvum fore nicht stehen wolle: auch würde diese Erklärung ja den nauta und caupo, wenn sie wirksam seyn sollte, leicht verleiten können, selbst zu stehlen und zu beschädigen, was recht eigentlich durch die eingeführte obligatio verhütet werden soll. Von Aufhebung dieser obligatio kann also nicht die Rede seyn, wohl aber von Aufhebung der andern, vermöge welcher man nämlich für Diebstähle und Beschädigungen von Seiten seiner Leute und der Passagiere zu stehen hat. Es ist sehr wohl möglich, daß der caupo und nauta keine sichere Leute haben haben können: das Gewerbe darum liegen zu lassen, ist ihnen doch nicht zuzumuthen. Es wird vorausgesetzt, daß der nauta oder caupo, wie bey den Römern, die Sachen der Fremden an sich genommen hat. Man könnte also leicht auf die Bedenklichkeit fallen, daß in unsern Tagen, wo solches beym Einkehren in Wirthshäuser in der Regel nicht geschieht, der Wirth für die von seinen Leuten geschehenen Entwendungen und Beschädigungen überall nicht zu haften schuldig sey, wenn er auch nicht protestirt hat, indem ja die Fremden selbst die custodiam der auf ihre Zimmer gebrachten Sachen übernehmen. Allein, da der Fremde leiden muß, daß des Wirths Leute auf seinem Zimmer auch in seiner Abwesenheit verkehren können, so sind noch im Ganzen dieselben Gründe, wie bey den Römern vorhanden, und kann man noch eben so gut die obligatio des Wirths aus der von seinen Leuten ge-

schehenen Beschädigung und Entwendung annehmen, wenn er sich nicht durch Protestation gesichert hat.

Aber die Frage ist nun, wie es mit dem Unterschiede zwischen damnum in nave und extra navem zu nehmen? Daß auch dieser Unterschied mit Hinsicht auf Wirthshäuser gemacht werden kann, ist keine Frage, denn wie bereits oben gedacht worden, was für den einen Fall gilt, muß auch für den andern gelten. Nur der Unterschied selbst hat seine eigenthümlichen Schwierigkeiten, besonders wenn man erwägt, was oben behauptet worden, daß nämlich bey der Rezeption gerade nichts darauf ankomme, ob die Sachen schon ins Schiff oder Wirthshaus waren gebracht worden, sondern schon die Entgegennahme genüge. Warum soll nun die Verbindlichkeit des Rezipienten für seine Leute zu stehen, erst mit dem Augenblick beginnen, wo die Illation geschehen ist, und mit dem Herausbringen aus dem Schiffe oder dem Wirthshause aufhören, da gerade beym Ein- und Ausladen, und Aus- und Einpacken am meisten und liebsten gestohlen wird? Es frägt sich, welches sind die Ursachen, daß die obligatio ex furto beschränkter ist als die obligatio ex receptione, und daß die Beschränkung gerade da statt findet, wo sie nach der Natur der Sache nicht statt finden zu sollen scheint?

Irre ich nicht, so ist der Grund der gesetzlichen Bestimmung allein der, weil es dem Exercitor schwer, ja fast unmöglich fällt, außerhalb des Schiffes die Aufsicht über seine Leute zu führen, welche er im Schiffe darüber führen kann: eben das ist mit dem Gastwirthe der Fall g). Ex receptione bleiben beide darum immer verpflichtet, so lange die receptio dauert. Diese ist ja aber nicht schon mit der

---

g) Ich gestehe gern, daß mir der angeführte Grund immer unzureichend scheint, allein ich weiß keinen andern. Soll der exer-

Ausschiffung der Sachen oder dem Herausbringen derselben aus dem Wirthshause beendigt, sondern erst mit der Zurückstellung an die Eigenthümer oder Besitzer derselben.

Seine eigenthümlichen Schwierigkeiten hat freylich in unsern Tagen die Frage: was anzunehmen sey, wenn des Wirths Leute beym Hereintragen der Fremdensachen in das Wirthshaus, oder beym Heraustragen derselben etwas entwendet haben. Ex receptione ist ja der Wirth für diese Sachen überall nicht verantwortlich, weil er deren besondere custodiam nicht übernommen hat: er ist nur für die custodia des Zimmers, worin diese Sachen geschafft werden, und nachdem sie hineingeschafft worden sind, responsabel — eine generelle custodia liegt ihm bloß in Ansehung der ins Haus geschafften Sachen ob — nun wird ja aber vorausgesetzt, daß die Sachen erst hinein gebracht werden sollten, oder schon herausgebracht waren. Ex furto ist er nur verantwortlich, wenn seine Leute im Hause oder in den Bezirk des Wirthshauses, z. B. auf dem Hofe, gestohlen hatten: geschah die Entwendung beym Ein- und Auspacken auf der Straße, so fällt gesetzlich die obligatio ex furto weg: eben so wenn der Schade geschah, die obligatio ex damno injuria dato. Ueberall läßt sich, wie oben gezeigt worden, die obligatio ex receptione nur von der Zeit an datiren, wo man mit seinen Sachen Quartier mit Bewilligung des caupo genommen hat.

Dessen ungeachtet glaube ich doch, daß die obligatio ex receptione des Wirthes auch schon von der Zeit an beginnt, wo seine Leute aus den Wägen der Reisenden die Sachen ent-

---

citor einmal für die Handlungen seiner Leute stehen, so mußte er dafür ohne Unterschied stehen, mögen sie im Hause oder außer demselben vorfallen, in so fern überall von Beziehung auf das Gewerbe die Rede ist.

gegen nehmen, und daß er so lange ex receptione verhaftet bleibt, als sie überall in deren Händen sind, wenn sie auch gleich schon aus dem Wirthshause fortgeschafft waren. Die Folge ist, daß wenn er auch nicht aus deren furto oder damno injuria dato belangt werden kann, wenn nicht beides im Wirthshause vorgefallen war, doch Ansprüche ex receptione gegen ihn statt finden, und er zur Erstattung des einfachen Werths immer verbunden bleibt [h]).

---

h) Schwer bleibt immer die Beantwortung der Frage, wie der Fremde für solche Fälle, wo dem Gastwirthe nicht besonders die Sachen sind zur custodia anvertraut worden, den ihm zugefügten Schaden nachweisen könne? Ihm juramentum in litem zu verstatten, geht doch durchaus nicht an. Gewissenlose Menschen könnten ja so bloß durch Reisen sich bereichern, wenn sie in ein Wirthshaus einkehrten, eine Erbrechung ihrer Zimmer selbst veranlaßten und hernach den Wirth auf Schadensersatz in Anspruch nähmen. Da wo der Fremde zur Schadensforderung überall berechtigt ist, kann man ihm solche nur bedingt zugestehen Einmal wenn die Illation einer Sache von ihm bestimmt nachgewiesen worden. Zweytens wenn gleichfalls dargethan worden ist, daß sie ihm im Wirthshause weggekommen sey. Für das Letztere kann man wohl die eidliche Erhärtung gelten lassen, wenn sonst die Umstände dafür sprechen, nicht aber für das Erstere.

Es macht einen großen Unterschied, ob bloß ex receptione geklagt wird, oder mit der actio in factum ex furto et damno injuria dato. Die Letztere setzt ja immer voraus, daß schon erwiesen ist, das furtum und damnum injuria datum rühre von des Wirths Leuten her. In Ansehung des Beweises der geschehenen Entwendung und Beschädigung ergiebt sich dann hier auch schon alles von selbst. Wird hingegen ex receptione geklagt, so bezieht man sich bloß auf das damnum in navi caupona vel stabulo datum, ohne sich weiter darum zu kümmern, wer davon der Urheber ist. Man überläßt es dem nauta caupo und stabularius, sich mit der Nachweisung der vis major zu helfen, welche allein von der actio befreyt. Für diesen Fall ist man aber natürlich schuldig, die geschehene Illation nachzuweisen, und daß der Schade in navi, caupona vel stabulo geschehen ist, wo alsdann die oben bemerkten Grundsätze zur Anwendung kommen.

Um die obligatio der nautae, caupones und stabularii ganz zu übersehen, muß mit dem hieher gehörigen Pandectentitel noch ein anderer verbunden werden, der im Römischen Criminalrecht steht. Es ist dieß der 5te Titel des 47sten Buchs der Pandecten, dessen Grundsätze man gewöhnlich auf eine höchst fehlerhafte Weise mit der obligatio der nautae, caupones und stabularii aus dem von ihren Leuten oder denjenigen, für deren Handlungen sie verantwortlich gemacht worden sind, begangenen furtum oder damnum injuria datum zu verbinden pflegt. Auch hier ist allerdings von der Verbindlichkeit der nautae, caupones und stabularii die Reisenden, welche bei ihnen in Schaden gekommen sind, zu entschädigen die Rede, aber der hier gefaßte Gesichtspunct ist von ganz anderer Art.

Es wird nöthig seyn, zuerst das Gesetz selbst reden zu lassen. In eos (heißt es *Dig. XLVII, 5, L. un.*) qui naves, cauponas, stabula exercebunt, si quid a quoque eorum, quosque ibi habebunt, furtum factum esse dicetur, judicium datur, sive furtum ope consilio exercitoris factum sit, sive eorum cujus, qui in ea navi navigandi causa esset. §. 1. Navigandi autem causa accipere debemus eos qui adhibentur, ut navis naviget, hoc est nautas. §. 2. Et est in duplum actio. §. 3. Cum enim in caupona, vel in navi res perit, ex edicto Praetoris obligatur exercitor navis vel caupo: ita ut in potestate sit ejus, cui res subrepta sit, utrum mallet cum exercitore honorario jure, an cum fure jure civili experiri. §. 4. Quod si receperit salvum fore caupo vel nauta: furti actionem non dominus rei subreptae sed ipse habet, qui recipiendo periculum custodiae subit. §. 3. Servi vero sui nomine exercitor noxae dedendo se liberat: cur ergo non exercitor condemnetur, qui servum tam malum in nave admisit?

et cur liberi quidem hominis tenetur in solidum, servi vero non tenetur? nisi forte idcirco, quod liberum quidem hominem adhibens statuere debuit de eo qualis esset: in servo vero suo ignoscendum sit ei, quasi in domestico malo, si noxae dedere paratus sit: si autem alienum adhibuit servum, quasi in libero tenebitur. §. 6. Caupo praestat factum eorum qui in ea caupona ejus cauponae exercendae causa ibi sunt: item eorum, qui habitandi causa ibi sunt: viatorum autem factum non praestat: namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non rejecit, quorum factum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum factum non praestatur." — Wir haben oben gesehen, daß nautae, caupones und stabularii wegen des von ihren Leuten sowohl als den ihrigen und selbst den aufgenommenen Passagieren und Reisenden an den Fremden verübten furti und damni injuria dati auf das duplum mit der actio in factum besprochen werden können. Hier wird nun gar zur Unterstützung der Fremden die actio furti gegen die nautas caupones und stabularios gestattet, wenn der Diebstahl von ihnen selbst oder von ihren Leuten, oder mit ihnen und ihrer Leute Beyhülfe (ope consilio) geschehen ist. In so fern der Diebstahl von ihnen selbst oder mit ihrer Beyhülfe verübt wurde, ist die Gestattung der actio furti keinesweges etwas besonderes: sie ist es nur in so fern, als von ihren Leuten oder durch deren thätigen Beystand gestohlen wurde. Der Unterschied zwischen der hier vorkommenden actio furti und der oben gedachten actio in factum ist einleuchtend. Es macht allerdings einen großen Unterschied, ob man wegen fremder Diebstähle als ein Dieb behandelt, oder nur wegen derselben zur dupli restitutio verurtheilt wird. Nächstdem findet auch noch ein anderer

Unterschied statt. Der actio in factum ist ein ausgedehnterer Spielraum verstattet worden als der actio furti. Diese findet nicht statt, wenn von den viatoribus, oder vectoribus, oder mit deren ope et consilio gestohlen worden ist. Der Grund, warum hier die actio furti verworfen wird, paßt zwar allerdings auch auf die actio in factum, auf dupli restitutio, allein er ist dort nicht anerkannt worden [i]). Die ver-

---

i) Der beschädigte Reisende hat sonach drey Klagen. 1) Die actionem de recepto, welche sich auf die geschehene receptio gründet, und solche von ihrem Anfange bis zu ihrem Ende festhält. Sie kümmert sich nicht darum, wie der Schade und durch wen er geschehen ist. Es kommt bloß darauf an, daß er geschehen ist post receptionem factam et nondum finitam. Die Klage geht auf den einfachen Werth. 2) Die actionem in factum. Sie geht auf das duplum und setzt als erwiesen voraus, daß das damnum von des caupo, nauta und stabularius Leuten oder denen, für dessen Handlungen er einstehen muß, geschehen sey, und zwar während der Dauer der receptio. 3) Die actio furti. Sie geht auch auf das duplum und setzt voraus, daß die Fremden von dem Wirthe selbst, oder mit dessen Beyhülfe, oder von seinen Leuten und mit deren Beyhülfe bestohlen worden. Werden sie von den viatoribus oder vectoribus oder mit deren Beyhülfe bestohlen, so muß der Bestohlene zu der actio ex recepto oder der actio in factum greifen. Diese Klage ist also beschränkter als die unter 2, auch ist sehr natürlich das damnum injuria datum ausgeschlossen, welches jene Klage in sich begreift.

Es ändert sich, wie auch schon oben bemerkt worden, zwar in der Responsabilität der nautae, caupones und stabularii nichts, ob sie umsonst oder für Geld recipirt haben, weil alles von dem facto receptionis allein abhängt. Indeß scheint sich doch nach *Dig. IV, 9, L. 6.* „Licet gratis navigaveris, vel in caupona gratis deverteris, non tamen in factum actiones tibi denegabuntur, si damnum injuria passus es," daher eine Modification der Klagen zu machen. Man sieht wohl, daß nicht von dem Falle die Rede ist, wo der Wirth die Zeche u. s. f. hinterher erläßt, sondern allein von dem, wo die receptio von Anfang an, unentgeldlich geschah. Daß die Stelle mit dem Römischen Formularwesen genau zusammenhängt, ist klar. Sie

letzten Reisenden verlieren dadurch auch nichts, indem ihnen ja noch immer sowohl die actio ex recepto als in factum auf dupli restitutio verbleibt: zu bemerken ist noch, daß von den beiden Klagen, der actio furti und der actio in factum die eine die andere absorbirt, wo sie mit einander concurriren, so daß, wenn die eine gebraucht worden ist, der Gebrauch der andern nicht mehr statt findet.

---

geht ganz klar nur auf die actio de recepto, obgleich actiones in factum (also actio in der Mehrzahl) genannt werden. In Absicht der Folgen und Wirkungen findet kein Unterschied statt.

XXIX.

Vom bloß zufälligen Schaden und dessen Erstattung §. 189. — Fälle in welchen die Entschädigung von den Gesetzen gänzlich verworfen oder beschränkt worden ist §. 190 folg.

§. 189.

Zum Wesen des bloß zufälligen Schadens (damni mere casualis) gehört, daß sich ein Schade ohne alle Culpa einer Person ereignet, mag sie übrigens zur Hervorbringung desselben mitgewirkt haben, oder nicht. Im erstern Falle haben wir das, was die Römer durch „casus fortuitus," im letztern was sie durch „vis major, damnum fatale" bezeichnen.

Die Frage, in wie fern jemand zum Ersatz des bloß zufälligen Schadens angehalten werden könne, läßt sich nach dem Vorhergehenden nun leicht beantworten.

1) Die vis major oder das damnum casuale präſtirt in der Regel niemand, es sey denn a) daß auch dieser Schade durch eine besondere Vereinbarung von ihm übernommen worden. Die Vereinbarung ist hier strenge und so zu erklären, daß wenn vis major oder damnum casuale nicht namentlich und ausdrücklich übernommen worden sind, die Uebernahme nur immer von dem casus fortuitus zu verstehen ist. Denn man kann nur annehmen, daß sich jemand über seine diligentiam hinaus, nicht aber auch zur praestatio der vis major oder des damni fatalis verpflichten wollen. Die oben entwickelten Regeln über die Interpretation der Vereinbarungen fordern auch schon, daß man in zweifelhaften Fällen gegen denjenigen interpretire, der sich die Leistung des bloß zufälligen Schadens versprechen läßt. — b) Hat der Verzug auch unstreitig

die Prästation des damni fatalis zur Folge. Die Gesetze machen den säumigen Debitor unbedingt für die Pericel der Sache verantwortlich. Die Pericel begreift aber nicht bloß den casus fortuitus, sondern auch das damnum fatale in sich. Hier zwischen beiden unterscheiden zu wollen, ist darum nicht wohl thunlich, weil das damnum fatale vielleicht die Sache gar nicht betroffen haben würde, wenn sie zur gesetzten Zeit wäre abgeliefert worden: wäre es auch möglich, daß sie eben so gut bey dem Gläubiger zu Grunde gegangen seyn sollte, so ist doch die Möglichkeit hier nicht in Betracht zu ziehen. Endlich c) muß auch damnum fatale in allen Fällen prästirt werden, wo man eine Sache gegen die lex contractus gebraucht. Das oben Seite 408 beym Commodat Angeführte beweist das hinlänglich: es ist kein Grund vorhanden, die gesetzlichen Bestimmungen auf das Commodat zu beschränken: die Gründe sind so allgemein durchgreifend, daß sie in allen Fällen Anwendung finden, wo es sich um den contractswidrigen Gebrauch fremder Sachen handelt.

Daß das damnum fatale auch in allen Fällen stillschweigend übernommen werde, wo man das Eigenthum von Sachen sub lege restituendi überkommt, ist eine zu bekannte Sache, als daß solche noch weiter ausgeführt zu werden brauchte. Hier stehe nur noch die Bemerkung, daß für solche Fälle die Ausschließung des damni fatalis sich nicht anders, als durch einen ausdrücklichen Vertrag bewirken läßt, der im Zweifel wieder auf solches beschränkt, und auch nicht den casum fortuitum in sich begreifend erklärt werden muß. Denn man kann nicht annehmen, daß der, welcher seine Sachen dem Andern eigenthümlich sub

lege restituendi überlassen hat, ihn auch von der praestatio eines casus habe befreyen wollen, bey welchem, wenn auch nicht eine imputable Culpa, doch seine Mitwirkung concurriren könnte. Es muß hier auch gleichviel gelten, ob die Restitution in natura oder dem Werthe nach ausbedungen worden ist, und ob sie direct festgesetzt worden ist, oder in einer resolutiven Bedingung ihren Grund hat.

2) Der casus fortuitus wird in allen Fällen prästirt, wo a) die Gesetze jemandem die Pericel einer Sache generell aufgebürdet haben, es sey denn, daß aus den näheren Bestimmungen, wie z. B. bey dem Verzuge deutlich erhellte, daß unter dem gebrauchten Ausdruck das damnum mere casuale in seinem ganzen Umfange begriffen sey. b) Wenn der casus vertragsmäßig übernommen worden ist, ohne näher zu bestimmen, welche Gattung des Zufalls übernommen worden. Die Gründe für diese Erklärung des Vertrags sind bereits oben angegeben worden.

§. 190.

Es kommen Fälle vor, wo nach den Gesetzen zur Strafe auf Schadensersatz gar kein Antrag statt findet, desgleichen, wo aus besondern Gründen die sonstige Rigeur wegfällt; endlich auch Fälle, wo gegen den Erben des Entschädigers das Recht auf Schadensersatz nicht so verfolgt werden kann, als gegen ihn selbst. Von diesen Fällen soll hier am Schluß der Lehre noch gesprochen werden, in so fern sie noch von neuem in Untersuchung gezogen zu werden verdienen.

I. Den Unternehmern verbotener Spiele, so wie auch denen, welche nur ihre Behausungen zu verbotenen Spielen hergegeben haben, ist alles Klagerecht abgesprochen wor-

den, wenn ihnen von den Spielern Schaden zugefügt worden ist, z. B. die Spieler haben in der Trunkenheit oder im Zorn etwas entzweygeschlagen, oder den Unternehmer, oder Dulder des Spiels gemißhandelt [a]). Weder civiliter noch criminaliter soll hier geklagt werden können, und wenn bey der Veranlassung etwas aus dem Hause gestohlen worden, soll auch nicht einmal des Diebstahls wegen Klage statt finden [b]). Freylich bleibt immer die Obrigkeit berechtigt, den Unfug zu untersuchen und zu bestrafen — ein Beweis, daß die Römer auch schon den Untersuchungsproceß in Criminalfällen kannten — aber damit ist der Unternehmer und Hehler verbotener Spiele nicht zu seiner Entschädigung gelangt. Gesagt ist zwar nicht, wenn gestohlen oder sonst beschädigt worden, ob solches von den Spielern oder auch von denen, welche um zuzusehen, hereinkommen, geschehen seyn müsse; aber es ist klar, daß kein Unterschied gemacht werden kann, weil alles darauf ankommt, daß man ein gesetzlich untersagtes Spiel unternommen oder gehegt hat [c]), und in Folge des-

---

a) *Dig. XI*, 5, *L.* 1, *pr.* Praetor ait, si quis eum, apud quem alea lusum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit, sive quid eo tempore *domo* ejus subtractum est, judicium non dabo. Die Florentina liest bekanntlich für „domo" „dolo," aber es ist wohl klar, daß die in den Vulgatis (so weit ich sie kenne) einstimmig vorkommende Lesart „domo" die richtigere ist. Auch die Basilica stimmen damit überein.

b) *Dig. l. t. et l. cit.* §. 3. „Quod autem praetor negat se furti actionem daturum, videamus, utrum ad poenalem actionem solum pertineat, an et si ad exhibendum velit agere, vel vindicare, vel condicere. Et est relatum apud Pomponium, solummodo poenalem actionem denegandam, quod non puto verum: Praetor enim *simpliciter* ait: *si quid subtractum erit, judicium non dabo.*

c) Aber wie nun, wenn Diebe die Gelegenheit benutzen, sich ins Haus zu schleichen um zu stehlen? *Dig. XI*, 5, *L.* 1, §. 2. heißt es: Item notandum, quod praetor susceptorem verbera-

selben, sey es nun um zu spielen oder nur um zuzusehen, oder endlich selbst um zu stehlen, die Leute ins Haus gekommen sind.

Es kann wohl nicht zweifelhaft seyn, daß die Vorschriften des Römischen Rechts auf alle andern Fälle auszudehnen sind, wo gegen das Verbot der Policeygesetze ähnliche Handlungen von jemand unternommen werden, wenn er auf Veranlassung dieser Handlungen beschädigt wird, z. B. jemand treibt unerlaubte Hurenwirthschaft. Man kann nicht sagen, die Gesetze seyn bloß mit Hinsicht auf das verbotene Spiel so hart verfahren: sprechen sie gleich in Betracht desselben die Entschädigungsklage ab, so liegen doch keine Gründe vor, ihre Verfügungen auf den Fall zu beschränken: man muß vielmehr behaupten, die Verwerfung der Entschädigungsklage enthalte ein Compelle, sich den etwas verbietenden Polizeygesetzen zu fügen, vorausgesetzt nur, daß die verbotene Handlung mit dem verbotenen Spiel zu vergleichen ist. Der Grund nämlich, warum hier die Gesetze so hart sind, ist theils in der corruptio morum, theils in dem Ruin des Vermögens der Bürger zu suchen, welche nothwendige Folgen des Spiels sind. Eben solche nothwendige Folgen haben Hurenwirthschaft, Trinkgelage u. s. w. und es ist daher nicht abzusehen, warum für solche gleichfalls verbotene

---

tum quidem et damnum passum, ubicunque et quandocunque non vindicat; verum furtum factum domi et eo tempore, quo alea ludebatur: licet lusor non fuerit: quicquid eorum fecerit, impune fit." (So liest die Ausgabe von Hugo und *a Porta* Lugduni 1548. Der Text der Florentina ist hier sichtbar corrumpirt). Nach dem Gesetz kommt nichts darauf an, wer gestohlen hat, es genügt, daß zur Zeit der Spielstunde gestohlen worden. Wer sein Haus zu einem unerlaubten Gewerbe öffnet, muß sich auch beruhigen, wenn sich die Diebe da einnisten.

Handlungen nicht auch gleiche Folgen eintreten sollten. Man kann sogar behaupten, daß wenn Polizeygesetze das Setzen der Gäste zur Nachtzeit untersagt haben, gleichfalls keine Entschädigungsklage statt finde, wenn der Schenkwirth bey einer Contravention beschädigt worden ist [d]). Nur muß man die Ausdehnung nicht bis zu jeder Uebertretung der Polizeygesetze treiben, sondern sich die Analogie strenge zur Führerin dienen lassen.

Nicht bloß die Poenal- und Entschädigungsklagen sind den Unternehmern und Hehlern der verbotenen Spiele abgesprochen worden, sondern auch die Vindicationen und Condictionen. Sie können daher auch die ihnen entwendeten Sachen nicht einmal durch die Vindication aus den Händen des Diebes, geschweige denn aus den Händen eines Dritten zurückfordern. Umgekehrt, und wenn die Unternehmer und Hehler verbotener Spiele die Spieler oder die Aus- und Eingehenden beschädigt, oder ihnen etwas entwendet haben, finden alle Rechtsmittel und in der gehörigen Ordnung statt: eben diese finden statt, wenn unter den Spielern selbst Beschädigungen und Entwendungen vorgefallen sind: denn nur der Unternehmer und Hehler der Spiele soll nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze gezüchtiget werden. Ob, wenn in einem Hurenhause einem Besuchenden etwas entwendet worden, der Hurenwirth deswegen in Anspruch genommen werden könne, ist gefragt worden. Die Frage muß nach der Verschiedenheit der Umstände auch verschieden beantwortet werden. Ist die Hurenwirthschaft, wie jetzt in mehreren großen Städten, erlaubt, oder wohl gar privilegirt, so haftet der Hurenwirth für nichts. Als caupo kann er nicht betrachtet werden, denn

---

d) Das Gesetz muß gleichfalls von Diebstählen gelten, die bey dieser Veranlassung vorfallen.

er recipirt nicht „salvum fore" weder hinsichtlich des corpus noch der res: mag jeder seine Haut selbst vertheidigen, und seine Sachen selbst in Acht nehmen, der bey ihm einkehrt. Ist hingegen die Hurenwirthschaft verboten, so scheint den Wirth auch die Verbindlichkeit zum Schadensersatz unbedenklich treffen zu müssen, weil er durch seine Gesetzübertretung dazu Veranlassung gab. Indeß ist merkwürdig, daß die Römischen Gesetze selbst bey dem verbotenen Spiel nicht von dem Fall sprechen, wo die Spieler oder die Aus- und Eingehenden durch den Unternehmer oder Hehler des Spiels oder die Seinigen in Schaden gebracht worden sind. Daß wenn ausgemittelt werden kann, wer der Beschädiger oder Entwender ist, gegen diesen geklagt werden könne, kann nicht zweifelhaft seyn: aber davon ist nicht die Rede, lediglich von dem Fall, wo in Spielhäusern oder unerlaubten Bordellen den Besuchenden etwas weggekommen ist, ohne daß der Thäter auszumitteln steht. Fast scheint es, den Schaden müsse hier tragen den er trifft. Denn 1) kann gegen den Huren- und Spielwirth nicht ex receptione geklagt werden, weil keine solche Receptio vorhanden ist, als diese Klage zur Bedingung setzt. Eben so wenig kann 2) gegen ihn die actio in factum wegen von den Seinigen verübter Diebstähle und Beschädigungen statt finden, weil diese Klage eben so gut als die actio de recepto f. ex receptione, durch die Receptio bedingt ist. Aber auch 3) wegen des gesetzwidrigen Gewerbes das er treibt, scheint er nicht auf Entschädigung besprochen werden zu können, weil dadurch direct kein Schaden zugefügt worden ist. Dazu kommt, daß auf Seiten des Beschädigten culpa sowohl als turpitudo vorhanden ist, wenn er sich in verbotene Spielgesellschaft und Hurenwirthschaft gemischt hat.

Dessen ungeachtet glaube ich doch, daß auf Seiten des Wirths eine wirkliche culpa Aquiliana vorhanden ist,

welche ihn zum Schadensersatz verbindet. Das Wesen der culpa Aquiliana wird ja begründet durch Widerrechtlichkeit: es ist aber ganz gleichgültig, ob die Beschädigung geradehin durch die Widerrechtlichkeit zugefügt wurde, oder nur eine Folge derselben war. In beiden Fällen ist der Beschädiger für den angerichteten Schaden verantwortlich. Ob sich der Beschädigte in culpa oder gar in turpitudine befindet, thut in solchen Fällen nichts zur Sache: der alleinige Gesichtspunct bleibt immer die Culpa des Beschädigers, welche alle Culpa auf Seiten des Beschädigten absorbirt.

§. 191.

II. Nicht bloß gemäßigt, sondern ganz aufgehoben erscheint die gesetzliche Rigeur bey den mensoribus, welche si agri falsum modum dixerint, oder si cujus alterius rei mensuram falsam renunciaverint, nur für den dolo und culpa lata angerichteten Schaden haften [e]). Als Grund wird angegeben „quia non crediderunt veteres, inter tales personas locationem et conductionem esse: sed magis operam beneficii loco praeberi, et id quod datur, ei ad remunerandum dari, et inde honorarium appellari" und wird hinzugefügt: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem [f]). — Weiter heißt es: „Haec actio dolum malum duntaxat exigit: visum est enim, satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus puniatur ejus hominis qui *civiliter* obligatus non est: proinde si *imperite* versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit, sed et si *negligenter*, aeque mensor securus erit. Lata culpa plane dolo comparabitur. Sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter ver-

e) *Dig. XI, 6, L. 1 pr.* und *L. 5, §. 2.*
f) *Dig. XI, 6, L. 1, pr.*

verba Edicti: utique enim scit praetor, et mercede eos intervenire g). Wie kommt es, frägt man sich, daß beym mensor ein Unterschied gemacht wird, ob er seine Kunst unentgeldlich oder gegen ein Aequivalent übt, da doch das mandatum auch ein gratuitum ist, und zur diligentia maxima verpflichtet? Wie kommt es ferner, daß auch unter Voraussetzung einer vorhandenen locatio conductio, wo also der Mensor sein Amt gegen Lohn verwaltet, nicht von ihm omnis culpa (es versteht sich wohl von selbst, daß hier bloß in Beziehung auf die bey der locatio conductio angenommene culpae praestatio die Rede ist) prästirt wird? Die Worte „utique enim scit praetor etc. geben deutlich zu erkennen, daß hier der Mensor gegen die sonstige Regel begünstigt werden soll: der Prätor weiß recht gut, daß auch der Mensor gelohnt wird, aber das Lohnen soll nicht abhalten doch bey ihm gelindere Grundsätze als bey der locatio conductio eintreten zu lassen. Bekannt sind die verschiedenen Conjecturen über die so ungewöhnliche Abweichung von der Regel, von welchen im Grunde keine befriedigt: selbst in den in den ausgeschriebenen Stellen gebrauchten Gründen finden sich ja Widersprüche. Haben die Alten geglaubt, daß zwischen dem Mensor und demjenigen, der ihn zu einem Geschäft braucht, keine locatio conductio statt finde, so mußten sie es doch glauben, wenn sie wirklich statt fand, d. h. wenn merces bedungen war: wenigstens will von dem Unterschiede zwischen **bedungener** und **nicht bedungener** merces der Prätor nichts wissen. Das „nec tenere intentionem" und das „utique enim scit praetor" führen auf die Vermuthung, daß es ehedem anders war, und daß das uns nicht vollständig erhaltene Edict des Prätors in dem bisher bestehenden Recht geändert habe. Wir brauchen die Vorstellung über

g) *Dig. l. t, et L. c.* §. 1.

die Mensoren weder zu sehr in die Höhe zu schrauben, noch zu sehr herunterzulassen: wir können die Römischen Mensoren ganz gut mit denen vergleichen, die noch jetzt das Messen gewerbsmäßig betreiben: eben darin, daß die Menschen so häufig gebraucht wurden, und nicht mit aller Sorgfalt jede ihnen übertragene Ausmessung verrichten konnten; und daß man von ihnen nur eigentlich eine Angabe nach der Uebersicht forderte, scheint der Grund zu liegen, warum sie nur für dolus und culpa lata verantwortlich gemacht werden. — Es läßt sich indeß nicht läugnen, daß sich auch diesen Gründen nicht zu hebende Schwierigkeiten in den Weg stellen. Klar ist es, daß in dem Titel der Pandecten „si mensor falsum modum dixerit" von allen mensoribus ohne Unterschied und auch namentlich von den Getreide- und Früchtemessern die Rede ist [h]. Nun aber machten die Getreide- und Früchtemesser in Rom ein besonderes Collegium aus, man bediente sich ihrer bey dem Getreidekauf für gewissen Lohn, und sie wurden hart bestraft, wenn sie kein richtiges Maaß führten [i]. Es wird noch als Grund, warum der Mensor nur dolum und culpam latam prästire, angeführt, weil er nicht civiliter obligatus sey. Das ließ sich aber wohl schwerlich von allen mensoribus sagen, wenigstens wissen wir gewiß, daß die Getreide- und Früchtemesser allerdings civiliter obligati waren [k].

---

h) *Dig. l. et t. c. L. 5. §. 2.*

i) Man vergleiche hier *Perizonius thesaur. variar. lection. I,* 64, vor allen aber Niebuhrs Römische Geschichte B. 2. Seite 532 folg.

k) Andere Ansichten findet man bey Jac. Voorda *interpret. et emendat. Jur. rom.* c. 10. *Chr. Albr. Heinecken Exercit. de agrimensor.* Romanor. Brem. 1771. In fortdaurendem Dunkel wird gewiß immer die Sache bleiben. Aber eben diese Dunkelheit hindert uns auch das Privilegium der Mensoren auf andere Gewerbe auszudehnen, bey welchen wir

Man kann, wie es mir scheint, hier nur durch folgende Conjecturen aus der Sache kommen. Ausgemacht ist, daß der Titel der Pandecten „si mensor falsum modum dixerit" von allen Mensoren ohne Unterschied spricht, die das Messen als eigentliches Gewerbe betrieben. Die Kunst war nicht bey den Römern einheimisch, sondern kam aus dem Auslande (aus Griechenland) nach Rom. Die Menschen, die sie trieben, waren auch keine einheimische, sondern Ausländer, die kein jus civile hatten und daher auch nicht civiliter obligati seyn konnten, wenn sie jemandem der sie gebrauchte, ein falsches Maaß angaben. Das jus gentium, welches hier allein die Richtschnur für die Entschädigungsverbindlichkeit abgab, kennt nur dolum und culpam latam, die culpa levis und levissima ist demselben unbekannt. So waren sie auch nur für dolus und culpa lata verantwortlich. Mochte ihnen ein Honorar gegeben werden, oder mochten sie eigentlich für Lohn gedungen seyn, immer blieben sich die Verhältnisse gleich, denn auch die locatio conductio konnte hier nur nach dem jure gentium beurtheilt werden. Als die Kunst späterhin in Rom immer ausgebreiteter wurde, und auch cives sich damit beschäftigten, sogar ordentliche Corporationen der Mensoren entstanden, fieng man hinsichtlich des Schadensersatzes si mensor falsum modum dixerit zu unterscheiden an, ob die dictio interveniente mercede, oder ohne das geschehen war. Im erstern Fall beurtheilte man die Sache nach den Grundsätzen des juris civilis von der locatio conductio, im letztern Fall hatte es bey den Grundsätzen des juris gentium sein Bewenden. Der Prätor erhob hernach die obligatio mensorum ex dictione falsi modi ganz allgemein zur obligatio civilis, behielt aber den

sonst etwa eben so gut nur die Prästation des dolus und der culpa lata würden annehmen können.

alten Maaßstab, nach welchem sie nur dolum und culpam latam zu prästiren hatten, bey. Es wird dabey vorausgesetzt, daß die Läsion nicht von einem an sich falschen Maaß herrührt, das der Mensor braucht, sondern von dem Messen selbst, und daß entweder aus Unwissenheit oder Unachtsamkeit von ihm gefehlt worden. Der Prätor wollte auch nichts von dem Unterschiede, ob merces dazwischen gekommen war, oder nicht, wissen: Warum nicht? Ohne Zweifel deswegen, weil es eines Theils auch bey aller Gewandtheit so leicht ist, in Maaß und Gewicht zu irren, andern Theils es schon fast natürlich ist, daß jedes neue Messen neue Resultate giebt, und wenn nur nicht grob gefehlt worden, es höchst unbillig seyn würde, die Mensoren verantwortlich zu machen. Aus *Dig. XI, 6, L. 5, §. 2.* „Hoc judicium latius Praetor porrexit: nam et si cujus alterius rei mensuram falsam renuntiavisse dicetur, haec actio competit. Proinde si in aedificii mensura fefellit, vel in *frumenti* vel in *vini*" erfahren wir, daß das Privilegium nur für dolus und culpa lata zu haften Anfangs bloß den agrimensoribus zustand, und erst vom Prätor auf die andern mensores ausgedehnt wurde. Wir können das nicht anders verstehen, als daß die Stiftung des Privilegiums sowohl als dessen Ausdehnung vom Prätor herrührt. In so fern es Anfangs bloß den agrimensoribus zustand, läßt sich der Grund desselben um so leichter übersehen, als es bey dem Feldmesser, in einer Zeit, wo die Kunst noch nicht auf der Stufe stand, auf welcher sie jetzt steht, es unmöglich so genau genommen werden durfte, daß auch culpa levis und levissima hätten gerügt werden mögen.

§. 192.

III. Es ist sonst Grundsatz, daß wenn eine obligatio einmal völlig begründet ist, sie auch in ihrer Totalität auf

die Erben übergeht, in so fern sie überall des Ueberganges auf die Erben fähig ist. — Auch für die Verbindlichkeit zum Schadensersatz sind diese Grundsätze angenommen worden. Indeß kommen doch Abweichungen von der Regel vor, wo die Erben nicht denselben Grad der Culpa prästiren, welchen der Erblasser zu prästiren schuldig war, in so fern nämlich von dessen Vertretung die Rede ist. Zu den Ausnahmen von der Regel gehören zuerst die Erben der Vormünder und Curatoren. Die Hauptstelle ist hier *Codic. V, 54, const. 1.* Heredes tutorum ob negligentiam quae non latae culpae comparari possit condemnari non oportet, si non contra tutorem lis inchoata est, neque ex damno pupilli lucrum captatum aut *gratia* l) praestitum sit." Bekanntlich prästiren Vormünder und Curatoren selbst culpam levem, aber von ihren Erben kann nur damnum culpa lata datum ersetzt verlangt werden, es sey denn, daß der Verstorbene schon verklagt war, oder sich aus dem Vermögen des Pupillen oder Curanden bereichert, oder etwas (im eigentlichen Sinn) weggegeben hatte. — Für diese Fälle aber auch nur für sie allein, kann die von den Vormündern und Curatoren begangene Culpa gegen sie eben so geahndet werden, als gegen die Tutoren selbst. — Eine zweyte Ausnahme von der Regel findet für die heredes magistratuum statt nach *Dig. XXVII, 8, L. 4.* „Non similiter tenentur heredes magistratuum, ut ipsi tenentur, nam nec heres tutoris negligentiae nomine tenetur: nam magistratus quidem in omne periculum succedit, heres ipsius dolo proximae culpae succedaneus est."

---

l) Bekanntlich lesen mehrere Ausgaben des Codex „gratis." Ich halte aber mit Westenberg dafür, daß nichts verändert werden dürfe, weil „gratia" hier das Weggeben ohne Aequivalent andeutet, ohne übrigens in Betracht zu ziehen, wie solches geschieht. Nicht bloß dem Vormunde untersagte Schenkungen, sondern auch Verschleuderungen sind hier gemeint.

Wo die Obrigkeit etwas hinsichtlich der Tutel versehen hat, das sie zum Schadensersatz dem Pupillen verpflichtet, können ihre Erben doch nur in so fern belangt werden, als von dolus und culpa lata die Rede ist. Der Erbe des Magistratus wird hier mit dem Erben des Vormundes verglichen, und werden gleiche Grundsätze in Ansehung seiner angenommen. Die Ausnahmen bey den Erben des Vormundes, und wo diese den Verstorbenen ganz zu vertreten schuldig sind, müssen also auch hier statt finden, in so fern sie überall statt finden können. War daher der Magistratus schon verklagt worden, so kann durch seinen Tod die obligatio keine Veränderung erleiden, sondern bleibt in der Person des Erben so wie sie in der seinigen war.

Frägt man, ob sich diese Grundsätze weiter ausdehnen, und auf die Erben aller Administratoren und Aufseher einer Administration anwenden lassen, so antworte ich: Nein, weil uns die Gründe abgehen, aus welchen die Römer für die Erben der Vormünder und Curatoren und des bey der Tutel und Curatel concurrirenden Magistratus gelindere Grundsätze angenommen haben, als für sie selbst. Ueberall durchkreutzen sich ja die über die praestatio culpae angenommenen Gründe so mit einander, daß es oft äußerst schwer hält, von der Analogie Gebrauch zu machen.

§. 193.

Wenn wir die bloße Vergütung m) dessen, was ein Anderer für uns aufgewendet hat, von der wirklichen Entschädigung absondern, so giebt es keine andern Entschädigungsprinzipien, als die oben Seite 298 aufgestellten und bisher entwickelten. Aus besonderen Gründen lassen indeß

m) Im gemeinen Leben pflegt man bekanntlich beides, Vergütung und Entschädigung meist als Synonyma zu gebrauchen.

die Gesetze auch noch wohl eine Entschädigung zu. Im Römischen Recht liefert die lex Rhodia de jactu davon ein einziges Beyspiel. Inhalts derselben ist, wenn durch einen nothwendigen Schiffsauswurf jemand seine Sachen eingebüßt hat, derselbe auf verhältnißmäßige Entschädigung gegen diejenigen, deren Sachen dadurch gerettet worden sind, anzutragen befugt [n]). Obgleich nur gegen den Exercitor navis nach dem Römischen Recht geklagt werden kann, um von den Eigenthümern der geretteten Güter die Entschädigung herbey zu schaffen [o]), so sieht man doch auf den ersten Blick, daß die Verpflichtung zur Entschädigung auf einem ganz andern als dem gewöhnlichen Grunde beruht. Denn das „salvum fore quod receperint" kann hier nicht den Grund der Verbindlichkeit abgeben, weil ja vis major dazwischen kam, welche die sonstige Verpflichtung zur Entschädigung aufhebt, der exercitor wird ja auch nicht belangt um solche selbst zu leisten, sondern um die Beyträge von denen, deren Sachen gerettet worden sind, einzuziehen: er selbst ist ja nur in so fern verantwortlich, als ihn wegen des geretteten Schiffes die Contribution gleichfalls trifft.

§. 194.

Es würde überflüssig seyn, über die so bekannte obligatio selbst noch ein Wort weiter zu verlieren: desto mehr soll uns aber das Prinzip, worauf solche beruht, und die Frage nach dessen Ausdehnung auf andere Fälle beschäftigen. — Klar geht aus *Dig. XIV, 2, L. 1,* und *L. 2, pr.* hervor, daß die Billigkeit und zwar diese allein den

---

n) *Dig. XIV, 2, L. 1.*

o) *Dig. l. et t. c. L. 2, pr. Dig. XIX, 5, L. 14.* Heutiges Tages kann bekanntlich gerade zu gegen diejenigen geklagt werden, deren Sachen geborgen worden sind.

Grund jener Verbindlichkeit abgiebt. Es ist nichts billiger, sagt das Gesetz, als daß durch den Beytrag Aller ersetzt werde, was für sie aufgeopfert worden ist. Ist aber die Billigkeit hier das allein leitende Prinzip, so ist auch klar, daß eine Ausdehnung der gesetzlichen Vorschrift auf andere ähnliche Fälle ganz in der Ordnung ist. Wer bey einer gemeinen Gefahr Güter und Sachen einbüßt, so, daß durch deren Vernichtung die Anderer erhalten werden, kann allerdings auch von ihnen eine verhältnißmäßige Beysteuer fordern, z. B. es wird bey einer Feuersgefahr ein noch nicht angegangenes Haus niedergerissen um die Gewalt des Feuers zu hemmen, welche auch wirklich dadurch gehemmt worden ist, oder dem Wasser wird Abfluß über ein Grundstück verschafft, welches ohne das die ganze Gegend überschwemmt haben würde. Man kann hier nicht distinguiren, daß das um das Feuer zu hemmen niedergerissene Haus sonst vielleicht doch ein Raub der Flammen geworden seyn würde, eben so wenig als man bey einem Schiffsauswurfe distinguiren kann, daß ohne das auch die ausgeworfenen Waaren zu Grunde gegangen seyn würden. Alles kommt allein darauf an, daß durch die Zerstörung der Sachen die Sachen Anderer gerettet worden sind.

Die schwierigste Frage bleibt nur: wer zum Beytrag angezogen werden könne? Man kann sich mit der Antwort nicht zufrieden geben: alle, deren Sachen erhalten worden sind: auf einem im Meere schwimmenden Schiffe läßt sich wohl bestimmen, wer diese „alle" sind, aber bey einer Feuers- und Wassersgefahr ist die Frage, wie weit das Feuer ohne das Niederreißen eines Gebäudes gekommen, und das Wasser, wenn es nicht nach einer Seite hin abgeleitet worden wäre, Ueberschwemmung verursacht haben würde: das letztere läßt sich noch eher ausmitteln als das erstere. Noch bey anderer gemeiner Gefahr, z. B. wenn

Plünderung angedrohet worden, ist auch noch die Frage, wer gerade geplündert seyn würde, und wer nicht.

Ich muß vorläufig auf das oben bey der Aquilianischen Culpa Gesagte zurückführen, daß wenn bey einer gemeinen Gefahr die Rettenden auch zu den fehlerhaftesten Maaßregeln ihre Zuflucht genommen haben, gegen sie doch nicht auf Schadensersatz geklagt werden kann, weil in solchem Zustande niemand seiner Sinne gehörig mächtig ist. Eben daher werden ja auch der exercitor navis sowohl als die Matrosen entschuldigt, wenn sie bey bevorstehender Gefahr mehr über Bord geworfen haben, als nöthig ist, oder in der Angst Sachen, welche das Schiff gar nicht beschwerten. Es kommt allein darauf an, daß die Gefahr nicht durch die Ungeschicklichkeit des Schiffers und seiner Leute war verursacht worden, weil er sonst allein für allen Schaden haftet. So mußte also schon, wenn eine Entschädigung überall statt finden sollte, diese gegen diejenigen in Anspruch genommen werden, deren Sachen und Güter durch die Aufopferung des Eigenthums Anderer waren gerettet worden. Ich würde hier in Ermangelung der gesetzlichen Bestimmungen folgende Grundsätze zur Anwendung bringen.

1) Bey einer Feuersgefahr, muß, wenn noch nicht angegangene Gebäude niedergerissen worden sind, um das Feuer zu hemmen, sehr natürlich auf die Umstände gesehen, und nach der Lage beurtheilt werden, wie weit das Feuer ohne die eingetretene Hemmung hätte kommen können. Man kann nicht den ganzen Ort zur Beysteuer hinsichtlich der Entschädigung anziehen, man kann nur die wahrscheinlich dadurch Geretteten zur Beysteuer verpflichten. Dem vernünftigen Ermessen des Richters muß natürlich hier das Meiste überlassen bleiben, und wer sich verletzt findet, kann ja gegen die Feststellung ohne prozessualische Weitläuftigkeit reclamiren.

2) Bey Wassersgefahr, wenn durch das Durchstechen eines Dammes Grundstücke und Gebäude zu Grunde gerichtet sind, können sehr natürlich nur diejenigen zur Contribution angezogen werden, deren Grundstücke und Gebäude ohne das, und wenn das Wasser, da wo es durchzubrechen drohte, auch durchgebrochen seyn würde, der Ueberschwemmung und Zerstörung unterworfen gewesen wären. Das Urtheil der Sachverständigen kann darüber sehr natürlich nur allein entscheiden: man hat nur nicht ängstlich zu erwägen, ob auch wirklich das Wasser da durchgebrochen seyn würde: es kommt bloß darauf an, daß nach menschlicher Wahrscheinlichkeit der Durchbruch hätte erfolgen mögen. Daß die, welche durchgestochen haben, wenn auch der Durchstich ohne Noth geschehen seyn sollte, nicht besprochen werden können, folgt schon aus dem, was oben bey der Aquilianischen Culpa gesagt worden ist.

3) Soll die um angedrohete Plünderung oder andere gemeine Gefahr zu verhüten, von Einem oder Einigen erhobene Summe durch Contribution Anderer wieder herbengeschafft werden, so kann die Vertheilung nur auf diejenigen geschehen, welche zu der Commune oder dem Districte gehörten, dem die Plünderung oder andere gemeine Gefahr namentlich war angedrohet worden. Die etwanige Möglichkeit oder entfernte Wahrscheinlichkeit, daß, wenn die Summe, wo sie gefordert wurde, nicht wäre entrichtet worden, auch andere Ortschaften und Gegenden gelitten haben würden, kommt um so weniger in Betracht, als alles, was in das Reich der bloßen Möglichkeiten gehört, aus dem Gebiete des Rechts ausgeschlossen bleibt. Nur ist hinsichtlich der bey der Repartition anzunehmenden Grundsätze zwischen dieser Contribution und der in den vorhin gedachten beiden Fällen ein großer Unterschied.

Nämlich, dort kommt es allein auf die Frage an, was und wie viel durch die Aufopferung des Einen oder des Andern bestimmt erhalten worden ist: höher als bis zu dieser Erhaltung kann die Beysteuer nicht gefordert werden. Hier hingegen treten zugleich die Grundsätze der Besteurung für solche und ähnliche Fälle ein, so daß es der Obrigkeit frey steht, selbige mit Hintenansetzung der aus der obligatio ad contribuendum entspringenden vorzuziehen, und darnach die Beysteuer zu repartiren. Denn das Erhobene kann hier nur als anticipirt betrachtet werden: mag es vom Feinde selbst oder der eigentlichen Behörde erhoben worden seyn: die geschehene außerordentliche Erhebung kann aber der ordentlichen keinen Eintrag thun. Vorherrschendes Prinzip bleibt indeß allemal die obligatio ad contribuendum in so fern, daß kein auswärtiges Vermögen mit in Anschlag gebracht werden darf, dessen Beyziehung auf dem gewöhnlichen Besteurungswege doch nur Zweifeln unterworfen ist.

XXX.

Ueber den Eid als remedium expediendarum litium §. 195. — Sinn von *Dig. XII*, 2, *L.* 1. §. 196. — Bedingung dieser Art von Eidesleistungen §. 197. — Von der Begründung der obligatio ad jurandum und ihrer Natur §. 198 folg.

§. 195.

Es kann natürlich nicht der Zweck der gegenwärtigen Abhandlung seyn, sich über die Lehre vom Eide im Ganzen zu verbreiten, und was von Andern, z. B. einem Malblanc [a]) bereits zur Genüge ausgeführt worden ist, zu wiederholen; nur in so fern der Eid als ein remedium expediendarum litium in Betracht kommt, scheint er mir noch eine genauere Untersuchung zu verdienen, als ihm bisher zu Theil geworden ist. In dieser Hinsicht ist er auch Gegenstand eines eignen Pandectentitels, oder vielmehr zweyer Titel der Pandecten, indem das juramentum in litem, welches *Dig. XII*, 3. vorkommt, gleichfalls hieher gehört.

Aus *Dig. XII*, 2, *L.* 1. „Maximum remedium expediendarum litium in usum venit jurisjurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum, vel ex autoritate judicis deciduntur controversiae" lernen wir den Eid als ein nicht sowohl gesetzlich vorgeschriebenes, als vielmehr durch den usus eingeführtes Mittel Rechtsstreitigkeiten zu beendigen, zugleich die beiden Arten desselben, das juramentum voluntarium und necessarium kennen. Es ist nach dem, was weiter unten über das hieher gehörige Edict des Prätors vorkommen wird, auch nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, daß allein aus dem prätorischen Recht das ganze hieher gehörige Rechtsverhältniß originirt, und sich ent-

---

a) In der bekannten Schrift: *Doctrina de jurejurando e. gemin. legum et antiquit. fontibus illustrata.* Norimberg. 1781.

wickelt hat. In öffentlichen Angelegenheiten mochte längstens der Eid als Mittel nicht bloß Verträge zu bestärken, sondern auch die entstandenen Streitigkeiten zu schlichten gebräuchlich gewesen seyn; in Privatangelegenheiten hingegen wurde er das letztere erst gewiß durch den Prätor, der hier von dem jure gentium publico eine Anwendung auf das Privatrecht machte.

§. 196.

Vor allen Dingen scheint mir der Sinn von *Dig. XII, 2, L. 2.* „Jusjurandum *speciem transactionis* continet: *majorem*que habet *autoritatem*, quam *res judicata*" noch eine genauere Untersuchung zu verdienen. Der Eid wird hier nach seinem Zweck sowohl als nach seinen Wirkungen nicht bloß mit der transactio und der res judicata verglichen, sondern es wird ihm auch noch eine größere Autorität als der res judicata beygelegt. Es frägt sich, wie ist das zu verstehen? Muß dem Schwur, in so fern er als remedium expediendarum litium gebraucht worden ist, schlechterdings nachgelebt werden, und findet durchaus aus den Gründen, aus welchen gegen den Inhalt eines Transacts und einer res judicata ein Rechtsstreit wieder aufgenommen werden kann, hier keine litis resuscitatio statt?

Nach *Dig. lib. et tit. c. L. 31.* „Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit: sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe judices in dubiis causis exacto juramento secundum eum judicare qui juraverit. Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium non conceditur eandem causam retractare," dürfte man sich geneigt fühlen, zwischen einem

vom Richter auferlegten Eide, und einem Eide, welchen eine Parthey der andern zugeschoben, sey diese Zuschiebung gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, zu unterscheiden, um die oben ausgeschriebene Stelle mit Beschränkung auf den letztern Eid zu verstehen. Allein, daß sie nicht so verstanden werden darf, erhellt theils aus der Allgemeinheit ihrer Fassung, theils daraus, daß sie an der Spitze des Pandectentitels steht, und nach der Absicht der Compilatoren gleichfalls einen generellen Satz für das juramentum, welches als remedium expediendarum litium in Betrachtung kommt, aussprechen soll.

Irre ich nicht, so ist der Sinn der Stelle dieser: Jeder Eid, welcher als remedium expediendarum litium erscheint, gleicht in so fern einem Transact, als man sich den Transact in seiner oben dargestellten Puritát, und ohne Beymischung des Pacts, welches dem Transact nach dem neueren Recht beygetreten ist, denkt. So wie man bey dem eigentlichen reinen Transact den Rechtsstreit aufgiebt taedio litis, so giebt man ihn hier auf, aus Scheu gegen den geleisteten Eid. Ob sich übrigens die Partheyen über den Eid vereinigt hatten, oder der Richter denselben zuschob, gilt im Grunde gleichviel: es ist auch so einerley, ob man den Rechtsstreit freywillig oder gezwungen aufgiebt. Läugnen läßt sich indeß nicht, daß der geleistete Eid in einem Falle dem Transacte mehr als in dem andern gleicht. — Der geleistete Eid gleicht aber auch der res judicata in so fern, als durch ihn nicht bloß die Sache verglichen, sondern zugleich entschieden wird, und hat selbst größere Autorität als res judicata, in so fern, als nur wegen perjurium und in dem Falle der *L. 31.* die lis wieder aufgenommen werden kann. Es wird davon noch weiter unten ausführlicher gesprochen werden.

§. 197.

Betrachten wir jetzt die Bedingungen der Eidesleistungen wovon hier die Rede ist. Der Prätor verspricht dem geleisteten Eide nur Schutz: si conditione delata juratum fuerit, d. h. nach *Dig. cit. lib. et tit. L. 3, pr.* wenn jemand zum Eide ausdrücklich aufgefordert geschworen hat, nicht, wenn aus eigenem Antriebe von ihm geschworen worden ist, weil sonst nur jeder zum Eide seine Zuflucht nehmen, und durch den geleisteten Eid sich von den oneribus actionum befreyen könnte. Die Aufforderung zum Eide ist an gewisse Form gebunden, und kann nicht schon jeder unförmliche Aufruf, oder gar schon eine Frage: ob man etwas beschwören wolle, dafür angesehen werden. Nächstdem muß die Aufforderung zum Eide rechtlich begründet seyn, wenn die Schuldigkeit derselben zu genügen angenommen werden soll.

Nach dem Römischen Recht wird hier zwischen der von dem Richter und der von der Parthey geschehenen Aufforderung zum Eide so unterschieden. 1) Nur der Prätor kann zum Eide auffordern, der judex nicht, es sey denn im Auftrag des Prätors und vermöge der ihm besonders ertheilten Vollmacht. 2) Ist die Rede von der Befugniß der Partheyen, so hat bey Rechtsstreitigkeiten, die schon zur gerichtlichen Discussion gekommen sind, jede Parthey das Recht die andere zum Eide aufzufordern, bey außergerichtlichen Händeln hingegen nur dann, wenn das Recht zu dieser Aufforderung durch einen Vertrag begründet ist, welcher Vertrag übrigens an keine besondern Förmlichkeiten gebunden ist, sondern schon als pactum conventum genügend erscheint. Hiernach entwickelt sich der Eid in dreyfacher Hinsicht, als ein das richterliche Urtheil vertretendes Mittel, als wirkliches Beweismittel, und als bloßes

Ausgleichungsmittel. Nämlich, wo der Richter zum Eide auffordert, mangelt es ihm an den nöthigen Daten zur Entscheidung, ihm bleibt daher weiter nichts übrig, als eine der Partheyen zum Eide aufzufordern, und was beschworen worden ist, als wahr anzunehmen. Wo in gerichtlichen Streitigkeiten eine Parthey zum Eide auffordert, bedient sie sich des Eides als Beweismittel. Anders ist es in außergerichtlichen Händeln, wo der Eid bloß als Ausgleichungsmittel in Betracht kommt. Die Befugniß zur Aufforderung zum Eide wird in den beiden ersten Fällen durch das Gesetz, im leztern Falle durch den Vertrag begründet. Es scheint schon in der Natur der Sache zu liegen, daß nach dieser verschiedenen Ansicht auch verschiedene Folgen und Wirkungen des Eides eintreten müssen. Denn betrachtet man den Eid als einen Stellvertreter der richterlichen Entscheidung, weil deren Abgabe großen oder gar nicht zu hebenden Schwierigkeiten unterworfen ist, so scheint sehr natürlich zu seyn, daß die dadurch erlangte Wahrheit von dem Richter wieder bey Seite geschoben werden kann, sobald eine andere Wahrheit und zwar eine durch Thatsachen und Zeugen unterstützte vorscheint, oder sonst die Hindernisse weggeräumt werden, welche die Entscheidung schwierig oder wohl gar unmöglich machten. Betrachtet man weiter den Eid als Beweismittel, so scheint auch klar zu seyn, daß wenn man in der Folge wirkliche und bessere Beweismittel in die Hände bekommt, noch davon Gebrauch machen, und die eingetretenen Wirkungen dieses nur zur Hülfe genommenen Beweismittels hintertreiben könne. Wird aber endlich der Eid bloß als Ausgleichungsmittel betrachtet, so scheint es bey dem, was eidlich erhärtet worden ist, schlechterdings sein Bewenden behalten zu müssen, es sey denn absichtlich falsch geschworen worden, weil durch den falschen Schwur die Bedingung des Transacts verlezt worden ist. Hier scheint also nur allein

der

der falsche Schwur als Lösung des ganzen Arrangements in Betracht zu kommen; für andere Fälle scheint es auch andere Lösungen zu geben: die Frage über perjurium folglich ganz in den Hintergrund treten zu müssen.

Mit diesen Ansichten scheint auch ganz die oben ausgeschriebene Stelle aus Cajus *Dig. XII, 2, L. 31.* übereinzustimmen. Denn wenn hier auch nur zwischen Jurament, das in Folge einer außergerichtlichen Vereinbarung geleistet worden, und anderem Jurament unterschieden wird, so begreift sich von selbst, daß es bloß der Andeutung des Hauptunterschiedes bedürfe, indem die Variationen, welche das juramentum in judicio delatum zur Folge hat, sich von selbst ergeben: der Distinctivcharacter sich hingegen allein in dem Unterschiede zwischen gerichtlichem und außergerichtlichem Eid findet.

Aus dem hier Vorgelegten entwickelt sich nun die Theorie dieses Eides fast von selbst, die hier nun ausführlicher gegeben werden soll.

§. 198.

Wird 1) der Eid von dem Richter auferlegt, so hängt, was beschworen werden soll, wohl von seinem Ermessen ab, nicht aber wie es beschworen werden soll. Beides hat seinen Grund in der Natur der Sache, und bedurfte daher nicht erst besonderer gesetzlicher Bestimmungen. Niemand anders als der Richter kann darüber urtheilen, was durch den Eid festzustellen ist, denn der Eid vertritt hier ja die Stelle der Sentenz, und da, was als Recht auszusprechen ist, allein von dem Richter abhängt, so muß auch, was zu beschwören ist, von ihm eben so allein abhängig seyn. Aber es ist keinem Richter erlaubt, sich über das Constitutionelle sowohl als Gesetzliche im Staate wegzusetzen: welche Eidesformul also verfassungsmäßig oder gesetzlich gebilligt worden

ist, auch von dieser nur ist ihm Gebrauch zu machen erlaubt. Daraus folgt denn wieder von selbst, daß jeder vom Richter auferlegten Eid nur unter der Bedingung wirksam ist, wenn er auf verfassungs- oder gesetzmäßige Art geleistet worden. Welches bey den Römern die constitutionelle oder gesetzliche Eidesformel gewesen, wissen wir zwar nicht, es erhellt indeß aus allen Umständen, daß es diejenige gewesen seyn müsse, wodurch bey der durch die Staatsreligion gebilligten Gottheit oder dem Inhaber der höchsten Staatsgewalt etwas betheuert wurde, denn der Eid schloß nach seinem Begriff und Wesen gerade nicht die Betheurung bey den Göttern in sich.

Wird dagegen 2) der Eid von der einen Parthey der andern deferirt, so kommt in Absicht der Fragen, was zu beschwören, und wie es zu beschwören, alles darauf an, ob der Eid als Beweis- oder nur als Ausgleichungs-Mittel gebraucht worden ist. Wurde er als Beweismittel gebraucht, so tritt die Untersuchung und Berichtigung der zu beschwörenden Puncte von Seiten des Richters um so mehr ein, als eines Theils der Richter keine unnützen Handlungen zulassen darf, andern Theils ja das Beweismittel den Zweck hat, diejenigen Puncte in Gewißheit zu setzen, worauf es dereinst bey Fällung des Urtheils ankommt. Die richterliche Beystimmung, wenn ein Eid deferirt worden, sey sie eine stillschweigende, oder ausdrückliche, indem der Richter entweder ex officio oder auf den Anruf einer Parthey die zu beschwörenden Puncte regulirt, scheinet daher mit zu der conditio delata jurisjurandi zu gehören. Die Römischen Gesetze enthalten zwar über die hieher gehörige richterliche Befugniß fast gar keine Bestimmungen: es ist indeß keine Frage, daß sie statt fand, da sie mit zur Instruction des Prozesses gehörte. In Absicht der Frage hingegen, wie geschworen werden soll, bleibt alles der den Eid deferirenden Parthey überlassen, und ist der Richter durchaus nicht befugt, sich in die Sache zu

mischen. Hierauf allein, nicht auf den in Frage stehenden Eid generell beziehen sich *Dig. XII, 2, L. 3, §. 4.* „Jurari autem oportet, ut delatum est jusjurandum: ceterum si ego detuli, ut per Deum jurares, tu per caput tuum jurasti. *L. 4.* Vel filiorum tuorum. *L. 5.* Non erit juratum habendum jusjurandum. Quod si exegi, ut per salutem tuam jurares et jurasti, stabitur: omne enim omnino licitum jusjurandum, per quod voluit quis sibi jurari, idoneum est: et si ex eo fuerit juratum praetor id tuebitur. §. 1. Divus Pius jurejurando quod propria superstitione juratum est standum rescripsit." Man sieht hieraus, daß es die Römer ganz der den Eid deferirenden Parthey überließen, wie sie dem Gewissen der andern am besten beyzukommen glaubte. Dem Einen mochte das „jurare per Deum" leichter fallen, als das „jurare per salutem suam" dem Andern wieder umgekehrt. Die Eidesformul gehörte hier eben so gut als die Aufforderung selbst zur conditio delata. Man mußte schwören wie der Eid war deferirt worden, und konnte nicht anders schwören, es sey denn, daß der Gegner darin consentirte.

Man kann nicht umhin dieser Ansicht, welche die Römer von dem von einer Parthey der andern deferirten Eide hatten, seinen ganzen Beyfall zu geben. Die Gewissensrührung als Beweismittel gebraucht, nimmt einen ganz andern Character an, als wenn sie nur als Stellvertreterin des richterlichen Urtheils, oder als Ausgleichung erscheint. Es muß erlaubt seyn, auf die superstitio des Andern hinzuarbeiten, so viel man kann: wo man ihn am abergläubigsten zu seyn glaubt, muß man ihn angreifen: gilt ihm sein Bart mehr als sein Gott, so mag man ihn dabey schwören lassen. Doch sagt **Ulpian** *Dig. XII, 2, L. 5, §. 3.* „sed si quis illicitum jusjurandum detulerit, scilicet improbatae publice religionis, videamus, an pro eo habeatur, atque si jura-

tum non esset: quod magis existimo dicendum." Kann man also gleich jemandem einen Eid zuschieben ohne alle Hinsicht auf religio, so darf man doch nicht, wenn man die religio berücksichtigt, einen Eid wählen, der sich auf improbatam publice religionem bezieht. Es versteht sich, daß von einem Cultus die Rede ist, dessen öffentliche Ausübung nicht bloß untersagt ist, sondern welcher durchweg auch in der Privatausübung zu den damnatis gehört.

Hinsichtlich 3) des außergerichtlichen Eides scheint nun alles, sowohl was zu beschwören, als wie es zu beschwören, ganz von der Vereinbarung der Partheyen abgehangen zu haben. War nur bestimmt worden, was zu beschwören, nicht wie es zu beschwören, so stand es nicht in der Wahl der einen oder der andern Parthey, wie der Eid zu leisten, sondern die Betheurung mußte nach der Religion des Schwörenden geschehen, vorausgesetzt, daß diese nicht publice improbata war, wo sie nach der publice probata und zwar der eigentlichen Staatsreligion zu beschaffen war. So konnte es sich wohl ereignen, daß man bey den Römern nach einer Religion schwören mußte, der man nicht zugethan war, es sey denn, daß man den Eid verweigern wollte, wozu man befugt war, wenn einem nichts darauf ankam, Sachfällig zu werden. Dieselbe Befugniß fand auch beym juramentum a parte delatum sowohl als a judice injunctum statt, nur daß man bey dem ersteren auch zur Zurückschiebung (relatio juramenti) befugt war, vorausgesetzt, daß der, welcher den Eid deferirt hatte, eben so gut über den Gegenstand schwören konnte, als der, welchem er war zugeschoben worden.

Bekanntlich stellen unsere Juristen den Satz auf, daß es keinen andern Eid gebe, als den bey dem wahren Gott, d. h. welchen sich der Schwörende nach seinen Religionsbegriffen als einen solchen denkt, daher auch der in dem Römi-

schen Recht gebilligte Eid per genium principis, per caput u. s. w. nicht statt finde. Es wird daraus geschlossen, daß der Richter keinem andern Eide als einem solchen Schutz angedeihen lassen dürfe.

Der Satz hat seine volle Richtigkeit: die christliche Religion hat zu seiner Begründung nicht gewirkt, denn auch in Justinians Zeitalter wußte man den eigentlichen Eid oder das juramentum per Deum zu unterscheiden von der jurisjurandi religio überhaupt; er hat seinen Grund in späteren Vorstellungen, und in dem canonischen Recht. Bey den Römern durfte ja schon der Richter, wenn er einen Eid auferlegte, kein anderes Jurament, als das juramentum per Deum begehren. Man schloß: wo der Eid als Beweismittel in Betracht kommt, darf gleichfalls kein anderer Eid statt finden, denn es kann von dem Richter nicht verlangt werden, daß er einer andern Versicherung trauen soll, wenn auch die Parthey ihr trauen zu wollen erklärt. Man kann nicht sagen, der Satz sey durch die neuere Gesetzgebung vorschreibend anerkannt worden, aber die Anerkennung ist doch dadurch erfolgt, daß man für den Fall Ausnahmen von der Regel zugelassen hat, wo es jemandes Religionsbegriffen zuwider ist, einen eigentlichen Eid oder ein juramentum per Deum zu leisten. Aber falsch bleibt bey alle dem der aus dem Satze gezogene Schluß, daß es dem Richter nicht erlaubt sey, einen andern Eid als das juramentum per Deum zu schützen, weil es dem Satze selbst an der nöthigen Allgemeinheit mangelt. Auf den außergerichtlichen Eid findet vors Erste der Satz gar keine Anwendung. Dieser Eid nimmt ganz die Natur der Bedingung an, woraus folgt, daß so wie den Richter überall die Bedingungen eines Transacts nicht kümmern, ihn auch diese nicht kümmern darf. Haben die Partheyen gegenseitig beredet, daß wenn einer von ihnen bey seinem Barte schwören würde, die Sache ver-

halte sich so, der Streit für abgethan gehalten werden sollte, so ist der Richter schuldig, das juramentum per barbam eben so gut zu schützen als das juramentum per Deum, denn er schützt nichts weiter als die conditionem transactionis, und diese ist ganz willkürlich. Es kommt allein darauf an, daß der, welcher geschworen hat, ganz so schwur, als es der Gegner wollte.

Hiernächst kann auch der Satz auf den gerichtlichen Eid selbst keine Anwendung finden, in so fern solcher nicht als Beweismittel, sey es für die Parthey oder für den Richter selbst, sondern als bloße conditio eines Transacts in Betrachtung kommt. Wir wollen uns nämlich den Fall denken, daß ein Termin zur Sühne anstände, oder bey einer Verhandlung im Gericht die eine Parthey erklärte, den Rechtsstreit aufgeben zu wollen, wenn die andere förmlich bey ihrer Ehre dieß oder jenes versichern würde. Wer möchte bestreiten, daß der Richter die Versicherung nicht zulassen, und daß wenn sie zugelassen worden ist, er dieß Jurament nicht eben so gut als das juramentum per Deum schützen müßte? Der Eid wird ja hier nicht als Beweismittel deferirt, er wird bloß gefordert als conditio transactionis: dem Richter soll ja nicht eine Wahrheit dadurch aufgedrungen werden: die Parthey schafft sich selbst eine Wahrheit, und diese mag sie sich schaffen, wie es ihr beliebt.

Der Satz mit dem daraus gezogenen Schlusse ist also nur wahr, in so fern es sich um dem vom Richter auferlegten Eid, und um das juramentum a parte delatum handelt. Und auch hier sind beide wieder nur bedingt wahr, in so fern nämlich es den Religionsbegriffen des Schwörenden nicht zuwider ist, den eigentlichen Eid, oder das juramentum per Deum zu schwören. Man muß also den Satz so fassen: 1) In so fern es den vom Richter auferlegten oder als Beweismittel von einer Parthey gebrauchten Eid gilt, muß der

Eid überall ein juramentum per Deum seyn, frage es sich nach der Schuldigkeit ihn zu leisten, oder nach dem Schutz desselben, es sey denn, daß es mit den Religionsbegriffen des Schwörenden im Widerspruche stände, ein juramentum per Deum zu leisten. Dahingegen 2) in so fern die Rede ist von einem Eide, der als conditio transigendi gebraucht wird, werde er gerichtlich oder außergerichlich geschworen, ist es ganz gleichgültig, wobey geschworen werden soll, denn der Richter muß jeden Transact und jede Bedingung des Transacts schützen, in so fern beide nur nichts Unerlaubtes enthalten.

Aus dem bisher Gesagten ergiebt sich nun, daß der Satz des Römischen Rechts „jurari autem oportet, ut delatum est jusjurandum" in so fern es der Eidesform selbst gilt, nur in so fern noch anwendbar ist, als der Schwur bey der Gottheit gefordert worden ist, es sey denn, daß nicht probationis, sondern nur transactionis causa der Eidesantrag geschehen. In anderer Hinsicht hingegen, und in so fern es sich fragt: was zu beschwören, enthält der Satz auch selbst nach dem Römischen Recht nichts unbedingtes, indem ja nur beschworen zu werden braucht, was zur Entscheidung der Sache dient, und dieß von dem Urtheil des Richters abhängt. Wo indeß der Eid nur transactionis causa gefordert worden, ist es wieder etwas anderes, weil es da allein darauf ankommt, was der andere Theil zur Bedingung des Transacts machen will, oder machen zu müssen glaubt, und nichts darauf ankommt, ob es erheblich ist oder nicht.

Eine zweyte Bedingung der Eidesleistung, wenn nämlich der Eid überall auf richterlichen Schutz Anspruch machen soll, ist, daß in einer Angelegenheit geschworen worden, und über etwas, in welcher und worüber der Eid überall zulässig ist. Das Römische Recht läßt zwar den Eid in allen und jeden Civilsachen, mögen sie das Personen= oder Sachen-Recht betreffen zu, in so fern nur de facto

proprio — nicht alieno geschworen wird, es sey denn, daß man als Zeuge etwas bekundete, was überall hieher nicht gehört; in Criminalfällen dagegen ist der Eid des Anklägers sowohl zur Erhärtung des Verbrechens, als der Eid des Angeklagten, um sich von dem ihm Schuld gegebenen Verbrechen zu reinigen, durchaus ausgeschlossen. Die Römer fürchteten für den letztern Fall sehr richtig den Meineid; für den erstern Fall, meinten sie, sey doch der Eid des Anklägers, auch nur zur Erfüllung des geführten Beweises geschworen, etwas sehr Mißliches, überall dürfte in Criminalfällen nicht anders als auf den Grund gehörig geführter Beweise jemand verurtheilt werden. Bekanntlich ist bey uns durch das Ansehen des canonischen Rechts der Reinigungseid nicht bloß in Civil- sondern auch in Criminal-Fällen zulässig.

Man sieht wohl, daß die casus excepti gleichfalls nur den von dem Richter auferlegten oder von einer Parthey der andern, um etwas zu beweisen, gerichtlich deferirten Eid betreffen. Das pacto bedungene und geleistete Jurament, welches von selbst vim transactionis hat, so wie das zwar gerichtlich zugeschobene, aber nicht in vim probationis, sondern nur in vim transactionis deferirte Jurament, kommen hier gleichfalls gar nicht in Betracht. Denn wo dem Richter kein Beweis obtrudirt werden soll, kann es ihm sehr gleichgültig seyn, worüber geschworen wird. Man kann ja nicht sagen, der Eid über gewisse Gegenstände ist absolut verboten, es kann nur behauptet werden, er sey bedingt verboten, d. h. nämlich in so fern er sich als Beweismittel uns darstellt.

Aus dem Vorstehenden entwickelt sich nun (zugleich mit Berücksichtigung der heutigen Anwendbarkeit des Römischen Rechts) folgende, von den bisherigen Grundsätzen verschiedene Ansicht des Eides:

I. Keine Eidesleistung hat sich anders richterlichen Schutzes zu erfreuen, als wenn conditio delata jurisjurandi vorausgegangen war. Ein ohne vorhergegangene Aufforderung geschworner Eid ist ohne alle rechtliche Wirkung.

II. Bey Eiden, welche zum Beweise oder zur Feststellung einer Wahrheit, auf deren Grund die Entscheidung abgegeben werden soll, geschworen werden, ist es nothwendig 1) daß per Deum geschworen worden; 2) in einer Sache oder über einen Gegenstand, in welcher oder in welchem die Gesetze den Eid nicht mißbilligen, wenn der richterliche Schutz des Eides überall erfolgen soll.

Der Richter darf für diese Fälle weder andere Eideszuschiebungen zulassen als die per Deum, noch selbst den Eid anders deferiren; selbst auch da nicht, wo es wegen der Religionsbegriffe des Schwörenden erlaubt ist, daß eine bloße Betheurung die Stelle des Eides vertreten kann. Er darf keine Eide zulassen in Sachen, in welchen die Gesetze solche mißbilligen. Er hat endlich das Urtheil darüber, was beschworen werden soll, und in welcher Stellung es durch den Eid erhärtet werden soll.

III. Bey Eiden dagegen, welche nicht probationis causa oder zur Feststellung eines Satzes zum Behuf der folgenden Entscheidung, sondern bloß transactionis causa gefordert und geleistet werden, tritt der richterliche Schutz ohne Unterschied ein, sie mögen per Deum geleistet worden seyn oder nicht, und sie mögen geleistet seyn, in welcher Angelegenheit sie wollen. Dem Richter kommt über solche Eide durchaus kein Urtheil zu, weder über die Eidesformul noch über den Inhalt des

Eides, sondern alles hängt hier von der Vereinigung der Parthenen ab, denn ein solches Jurament ist weiter nichts als Bedingung des Transacts.

So giebt es ben uns allerdings auch noch Eide per barbam, capillum etc., welche eben so gut als die Eide per Deum aufrecht erhalten werden müssen. Sobald es dem Transact gilt, oder das Jurament als Bedingung des Transacts erscheint, muß jede Betheurung, sen sie eine religiöse oder eine andere, z. B. ben der Ehre, eben so gut als der wirkliche Eid respectirt und geschützt werden, vorausgesetzt, daß sie ganz so geleistet worden, als derjenige wollte, der sie zur Bedingung des Vergleichs oder der Verzichtung auf den Rechtsstreit machte.

Jetzt erst läßt sich die Eidespflichtigkeit, und was mit ihr zusammenhängt, gehörig entwickeln. Nämlich, frägt man: in wie fern ist derjenige, von welchem der Eid gefordert wurde schuldig, denselben zu leisten, wenn er nicht will, daß ihn nachtheilige Folgen treffen, so ist die Antwort: 1) Ben allen Eiden, welche bloß transactionis causa gefordert werden, nur erst alsdann, wenn darüber, daß der Eid geleistet werden soll, und wie er zu leisten, alles durch Verabredung unter den Parthenen fest steht. Dagegen 2) ben vom Richter auferlegten oder von der andern Parthen probationis causa deferirten Eiden, wird diese Verpflichtung schon ipso jure durch die respective Eidesaufererlegung und Zuschiebung begründet. — Wo die obligatio ad jurandum ex pacto feststeht, kann sie nicht anders als durch die Remission des Betheiligten gehoben werden; wo sie ipso jure begründet wird, kann ben gerichtlich auferlegten Eiden die Hebung nicht anders geschehen, als durch einen zu Stande gekommenen Vergleich, welcher die richterliche Entscheidung, und die sich darauf beziehende Eidesleistung unnöthig macht. Wo

die Zurückschiebung des Eides erlaubt ist, kann man solche nicht unter die Aufhebungsmittel der Eidesobligation zählen. Sie erscheint bloß als Mittel sich von der Erfüllung einer obligatio zu befreyen, indem man damit den Andern belastet.

§. 199.

Es läßt sich nicht wohl läugnen, daß in der Zuschiebung des Eides auf der einen, und dessen Annahme auf der andern Seite eine Art von Vertrag liegt, indeß kommt doch der sogenannte Eidesvertrag nur da in Betracht, wo es sich um die Leistung eines außergerichtlichen Eides handelt, warum sich die Partheyen zuvor förmlich vereinbart haben, und von diesem Fall sind die Gesetze zu erklären, welche von einer actio oder exceptio ex pacto sprechen. Am besten thut man auch, wenn man die Annahme des Eides für nichts weiter als für eine Erklärung hält, den deferirten Eid schwören, und weder von etwa zuständigen Einreden noch von der erlaubten Zurückschiebung des Eides Gebrauch machen zu wollen, so daß also in der unbedingten Acceptation des Eides im Grunde nichts weiter als eine Verzichtung auf zuständige Einwendungen sowohl als auf die gleichfalls zuständige Zurückschiebung des Eides liegt.

Es heißt *Dig. XII, 2, L. 38:* Manifestae *turpitudinis* et *confessionis* est, nolle nec jurare, nec jusjurandum referre. Das „nolle nec jurare" geht sowohl auf die verweigerte Leistung des noch nicht angenommenen, als auf die des bereits acceptirten Eides. Nur versteht es sich von selbst, daß es 1) bedingt ist durch die Zulässigkeit des Eides überhaupt; 2) nur von dem von der Parthey als Beweismittel gebrauchten Eide gilt, obgleich man es auch füglich auf den vom Richter auferlegten Eid, also auf jeden probationis causa deferirten Eid anwenden kann, und 3) endlich

sich unter der Voraussetzung versteht, wenn man, was auch erlaubt ist, nicht lieber sein Gewissen mit Beweis vertreten als selbst schwören will. Aber auf den transactionis causa deferirten oder verabredeten Eid paßt der gesetzliche Ausspruch durchaus nicht. Man kann von demjenigen, der einen solchen Eid nicht annehmen will, nicht sagen, es sey manifestae turpitudinis und confessionis, man kann bloß sagen, da der Vergleich auf die Bedingung des Eides gestellt worden, so könne auch der Vergleich selbst jetzt nicht in Erfüllung gehen. Von dem Präjudiz, welches beym deferirten Eide daraus erwächst, wenn jemand nicht schwören will, auch nicht den Eid referiren, kann hier nicht die Rede seyn. Das referiren findet ja ohnehin gar nicht statt, und das Nichtschwörenwollen kann hier um so weniger als ein Bekenntniß der Schuld betrachtet werden, als der Eid nicht probationis, sondern bloß transactionis causa gefordert worden ist.

Betrachten wir jetzt noch die Folgen und Wirkungen sowohl des Schwörens als des Nichtschwörens nach allen Verhältnissen genauer, und legen dabey die schon früher angenommene Classification zum Grunde.

I. Vom Richter auferlegter Eid. Schon oben ist bemerkt worden, daß hinsichtlich seiner keine Zurückschiebung statt findet, auch keine Remission, denn weder der Richter darf, was er einmal ausgesprochen hat, wieder zurücknehmen, noch kann die Parthey erlassen, worüber sie gar nicht zu disponiren befugt ist. Kann also nicht durch Berufung auf den Oberrichter, oder die Einwendung eines andern Rechtsmittels die Eidesleistung abgewendet werden, so bleibt demjenigen, welchem der Eid auferlegt worden ist, nichts weiter übrig, als zu schwören, oder sein Gewissen mit Beweis zu

vertreten, oder den Eid zu verweigern. Die Folgen und Wirkungen sind indeß hier sehr verschieden, nach der Verschiedenheit des Eides nämlich und unter welchen Umständen er vom Richter erkannt wird. Bekanntlich unterscheidet man den Erfüllungs-, Reinigungs- und den die Stelle des Beweises geradehin vertretenden Eid. Man kann zwar diese Eintheilung, wie wir hernach sehen werden, auch beym juramentum delatum anwenden, indeß ist ihr eigentlicher Platz hier, wo es sich um den vom Richter auferlegten Eid handelt.

Es muß hier nothwendig der Anfang mit demjenigen Eide gemacht werden, den der Richter ohne alle vorhergegangene Beweisführung oder vorhandene Anzeigen zur Abkürzung der Rechtssache auferlegt. Wird dieser von der Parthey, welcher er auferlegt worden ist, ohne rechtliche Gründe verweigert, so trifft sie unbedenklich die Strafe der Confession, d. h. es muß die ihr nachtheilige Behauptung der andern Parthey für wahr angenommen und darnach erkannt werden. Ganz tritt jetzt der Satz „manifestae turpitudinis et confessionis est nolle jurare" in seine Kraft und Wirkung ein. Denn es muß nun das Gegentheil von dem, was beschworen werden sollte, angenommen werden, so daß, wenn z. B. eine Schuld abgeschworen werden sollte, und der auferlegte Eid verweigert worden ist, die Schuld als zugestanden betrachtet werden muß. Wird hingegen der Eid geleistet, so muß jetzt als wahr angenommen werden, was dadurch erhärtet worden ist. Die Gewissensvertretung kann nur in so fern dem geleisteten Eide gleichgeachtet werden, als sie sich in derselben Wahrheit entwickelt, welche dem geleisteten Eide beygelegt wird, d. h. eine Wahrheit dadurch hervor-

gebracht wird, welche ganz der durch den Eid hervorzubringenden gleichkommt. Der Satz gilt jedoch nur in so fern, als es sich um das auf den Grund der alleinigen Gewissensvertretung abzugebende richterliche Erkenntniß handelt, nicht in so fern es die Frage gilt, ob wenn gar nichts bewiesen worden, der Eid noch zu leisten, oder wenn zwar bewiesen worden, aber nicht vollständig, das an der Gewissensvertretung etwa noch Fehlende durch den Erfüllungseid noch zu ergänzen. Wer einem ihm auferlegten Eide durch die Gewissensvertretung auszuweichen sucht, verweigert keinesweges die Eidesleistung unbedingt, sondern bloß bedingt, in so fern nämlich die ihm zustehende Rechtswohlthat der Gewissensvertretung, welche er ergreift, das leisten würde, was er davon erwartet. So wie er daher für den Fall, daß nichts von ihm erwiesen worden, noch zu dem ihm auferlegten Eide greifen kann, so muß es auch dem Richter frey stehen, wenn zwar ein ein Beweis, aber ein unvollständiger geführt worden, denselben durch Auferlegung des Erfüllungseides zu vervollständigen. Ueberall ist ja der Eid, von welchem hier die Rede ist, nicht von der Willkühr der Partheyen abhängig; er ist allein dependent von dem richterlichen Ermessen. Da zwischen dem Richter und der Parthey überall solche Verhälnisse nicht eintreten können, wie zwischen den Partheyen selbst, so folgt, daß es ganz allein von dem Richter abhängt, ob nach unternommener und verführter Gewissensvertretung durch Beweis, noch der ganze Eid oder nur der Erfüllungseid statt finden soll.

Die Zweifel, welche sich bey der Frage, ob die Vertretung des Gewissens durch Beweis überall bey diesem Eide statt finde, oder nicht vielmehr ein aus-

schließliches Annexum des von der Parthey deferirten Eides sey, aufdrängen (indem doch nur eigentlich beym juramento delato die Zurückschiebung des Eides und die probatio pro exoneranda conscientia als Auskunftsmittel gegen die obligatio ad jurandum vorkommen, und gleichsam in unzertrennlicher Verbindung mit einander zu stehen scheinen) verschwinden, wenn man erwägt, daß keine andern Gründe, die gedachten Auskunftsmittel auf das juramentum delatum vorzugsweise zu beziehen vorhanden seyn können, als die, daß dieses Jurament am häufigsten vorkommt, und daher auch die gewöhnlichen Beneficien sehr natürlich vorzugsweise darauf bezogen werden. Durch diese vorzugsweise Beziehung aber werden selbige keinesweges bey dem vom Richter auferlegten Eide ausgeschlossen.

Da der vom Richter auferlegte Eid überall nicht von der Willkühr der Parthenen abhängt, so ist aus dem Grunde oben angenommen worden, daß die Parthey denselben auch nicht remittiren könne. Mag auch immer die Parthey erklären, daß sie den Eid als geschworen betrachten wolle, so geht diese Erklärung den Richter nichts an, der die Wahrheit erhalten und darauf seine Entscheidung gründen will. Etwas anders ist, wenn die Parthey eine Erklärung von sich giebt, durch welche die Ableistung des Eides als ganz unnütz erscheint, z. B. sie räumt ein was beschworen werden sollte, oder es kommt ein Vergleich unter den Parthenen zu Stande.

II. Das bisher Gesagte ist zwar auch die Basis für die Beurtheilung des Erfüllungs- und Reinigungs-Eides, in so fern man beide gleichfalls als vom Richter auferlegte Eide betrachtet. Was zuvörderst den Er-

füllungseid betrifft, so setzt solcher einen unternommenen und auch verführten, aber nicht vollständig verführten Beweis voraus. Bekanntlich wird durch den Erfüllungseid, wenn er geschworen worden, der unvollständige Beweis vervollständiget. Es frägt sich nun aber, welche Rechtswirkungen treten ein, wenn der auferlegte Erfüllungseid verweigert wird? Kann man den Fall ganz nach dem beurtheilen, wo ohne allen geführten Beweis der Eid zum Behuf der Entscheidung einer Rechtssache auferlegt wird, oder muß doch der geführte unvollständige Beweis noch in Betracht gezogen werden?

Die Gesetze lassen uns über diesen wirklich schwierigen Punct ohne alle Aushülfe, und die Meinungen der Rechtslehrer sind hier bekanntlich sehr abweichend. Fast scheint es, als käme der geführte Beweis gar nicht weiter in Betracht, sondern müsse nach der Intention des Gegners erkannt werden, weil der Richter durch die Auferlegung des Erfüllungseides den geführten Beweis schon verworfen hat. Allein bey dieser Annahme würde der Eid ja kein Erfüllungseid, sondern ganz der Eid seyn, dessen n. 1. gedacht worden ist. Dadurch daß der Richter einen Erfüllungseid auferlegt, erkennt er ja den verführten Beweis für erheblich in der Sache an; er hält ihn nur noch nicht für hinlänglich, um der Intention des Beweisführers gemäß zu erkennen: das Unvollständige des Beweises soll durch den Erfüllungseid ergänzt werden. Man kann nicht sagen, es sey manifestae tupitudinis et confessionis, wenn der Beweisführer den Erfüllungseid nicht leisten wolle: er kann ja glauben, was er zu beweisen schuldig war, gehörig schon erwiesen zu haben: es macht doch einen bedeutenden Unterschied, aus welchen

chen Gründen man den Eid verweigert. Da wo der Richter ohne alle Beweisführung den Eid als juramentum litis decisorium zuerkennt, mag es immer manifestae turpitudinis et confessionis seyn, nicht schwören zu wollen: hier kann man es nicht dafür halten. Dort steht, wenn der Eid verweigert worden ist, auch der Intention des Gegentheils nichts mehr entgegen: hier steht ihr der geführte unvollständige Beweis entgegen, bey dem es sich fragt, ob nicht ein Grad der Wahrscheinlichkeit für die Behauptung des Beweisführers dadurch bewirkt worden ist, der doch allerdings von dem Richter bey der Entscheidung berücksichtigt werden muß. Man kann sagen, der Richter habe nur von seiner Befugniß den Erfüllungseid aufzuerlegen darum Gebrauch machen wollen, um sich, was ihm nicht zu verdenken, eine größere Gewißheit über die Sache zu verschaffen; übrigens lasse sich nicht behaupten, er verwerfe den geführten Beweis ganz: wäre dieß der Fall, so hätte er keinen Erfüllungseid auferlegen können, sondern hätte erkennen müssen, daß probanda nicht erwiesen worden. Noch eine Betrachtung kommt hinzu. Was durch unverdächtige Zeugen und Urkunden dargethan worden, kann ja dadurch nichts an seiner Kraft und Wirkung verlieren, daß der auferlegte Erfüllungseid verweigert worden ist; es hängt ja damit der geführte Beweis nicht weiter zusammen, als daß das Unvollständige durch ihn vervollständiget werden soll. Das Resultat ist, wenn der auferlegte Erfüllungseid verweigert worden, so mag jetzt der Richter zusehen, was sich aus dem unvollständigen Beweise machen läßt: daraus allein, daß der Erfüllungseid verweigert worden, folgt noch nicht die Befugniß des Richters, den ganzen geführten Be-

weis zu verwerfen, und den den Eid verweigernden pro confesso et convicto anzunehmen.

Man könnte entgegensetzen, der geführte Beweis und der erkannte Erfüllungseid ständen hier in so genauer Verbindung mit einander, daß wenn der letztere wegfiele auch der erstere wegfallen müsse, besonders wenn wie gewöhnlich erkannt worden: **würde Beklagter noch in** *supplementum* **schwören** rc. **so ist er von der gegen ihn angebrachten Klage zu entbinden.** Allein diese Verbindung ist bloß scheinbar. Vors Erste kommt es, wenn man die Sache nach ihrer wahren Natur beurtheilen will, gar nicht darauf an, wie erkannt worden, und wenn auch das Erkenntniß wie gedacht abgegeben worden ist, so stört doch solches die Lage der Sache im Geringsten nicht. Der Richter entbindet bedingt von der Klage, falls nämlich der Beklagte noch zur Erfüllung des geführten Beweises schwören würde. Der Richter verwirft damit den geführten Beweis keinesweges: er hält ihn bloß noch nicht für hinlänglich, um darauf die Entbindung von der Klage zu begründen. Die Folge also ist, daß wenn der Beklagte nicht schwört, die Bedingung des Urtheils und folglich auch das Urtheil selbst zu Grunde geht, und ein anderes Erkenntniß auf den bloßen Grund des unvollständigen Beweises gefällt werden muß. Dieß ist um so natürlicher als jeder an eine Bedingung geknüpfte Ausspruch mit der Bedingung selbst stehen oder fallen muß, und es läßt sich nicht absehen, wie man hier für richterliche Urtheile eine Ausnahme annehmen könnte. Es liegt doch klar am Tage, daß wenn der Richter nicht auf den Erfüllungseid hätte erkennen dürfen, er den geführten Beweis schärfer geprüft, und nach dieser Prüfung sein Urtheil bestimmt

haben würde. Ein Anderes würde freylich anzunehmen seyn, wenn die Gesetze die Bestimmung enthielten, daß der Richter nur allein auf den Grund eines vollständigen Beweises (der auch durch den Erfüllungseid zu erreichen) zu verurtheilen oder zu entbinden befugt seyn solle; und wenn sie hiernächst, was zum vollständigen Beweise gehört, genau bestimmt und in dieser Hinsicht nicht alles der richterlichen Beurtheilung überlassen hätten. Was sich zum höchsten bey einem so bedingten richterlichen Urtheil, als oben angegeben worden, annehmen läßt, ist, daß wenn der dadurch auferlegte Erfüllungseid verweigert worden, die bedingte Entbindung von der Klage, wegen wegfallender Bedingung nicht statt finde, vielmehr das Gegentheil, die Verurtheilung nach der Intention des Klägers, eintrete, wobey es aber sehr natürlich dem Beklagten frey stehen muß, durch eingewandtes Rechtsmittel die bessere Prüfung seines geführten Beweises zu verlangen. Es liegt aber auch schon in der Natur der Sache, daß das bedingte Urtheil wegen Wegfallens der Bedingung überall nicht bestehen kann, sondern ein neues gefällt werden muß, indem eine conversio sententiae nicht zulässig ist, und ein bedingt absolvirendes Urtel nicht zugleich ein pure condemnatorisches für den Fall in sich begreifen kann, wenn die Bedingung der Entbindung wegfällt.

Wenn auf der einen Seite die Verweigerung des Erfüllungseides lange nicht die nachtheiligen Folgen haben kann, welche die Verweigerung eines ohne alle Beweisführung zur Abkürzung der Sache von dem Richter auferlegten Eides hat, so ist auf der andern Seite die Ableistung desselben von solcher Wirkung, daß auch der unvollständigste Beweis dadurch in einen vollständigen

verwandelt wird. Es kann auch der Gegenparthey nicht erlaubt seyn, weder gegen die Zuerkennung des Eides aus dem Grunde etwas einzuwenden, daß gar nichts bewiesen worden, weil ja der Richter befugt ist, ohne allen Beweis den Eid zur Abkürzung der Sache zuzuerkennen, noch hinterher, wenn der Eid geleistet worden, dagegen zu opponiren, daß jetzt der Beweis als vollständig geführt angenommen wird. Nur in dem einzigen Fall, wo der Beweisführende gegen seine eigene Intention bewiesen hat, kann der von dem Richter nichts desto weniger erkannte Erfüllungseid angefochten werden, weil für solchen Fall der Parthey überall kein juramentum litis decisorium auferlegt werden kann. — Andere Grundsätze dürften

III. Hinsichtlich des Reinigungseides anzunehmen seyn. Die Auferlegung dieses Eides geschieht bekanntlich, um sich von einem Verdacht zu befreyen, der entweder durch von der Parthey angeführte oder nachgewiesene oder sonst ausgemittelte Thatumstände gegen einen entstanden ist. Man muß sich eigentlich die Sache so denken: die Thatumstände sind nicht von der Wichtigkeit, daß der Richter auf den Grund derselben allein verurtheilen, auch demjenigen, welcher sie angeführt und nachgewiesen hat, nicht den Erfüllungseid auferlegen kann. Aber der Entbindung des Verklagten stehen sie doch auch entgegen: sie müssen also erst entfernt werden, ehe diese erfolgen kann, und eine solche Entfernung geschieht durch den Reinigungseid. Der Richter ist sehr natürlich bey Erfüllungseiden sowohl als Reinigungseiden mehr gebunden als bey dem Eide, welchen er als bloßes juramentum litis decisorium auferlegt. Hier hat er ganz freye Hand, dort muß er er-

wägen, ob etwas so erwiesen ist, daß es unter Hinzutretung des Erfüllungseides als vollständig dargethan angenommen werden kann, oder ob durch den geführten Beweis oder die Untersuchung Verdachtsgründe geschaffen worden sind, welche durch den Reinigungseid entfernt werden müssen. Es ist kein Grund abzusehen, warum beym Erfüllungseide die probatio pro exoneranda conscientia nicht zulässig seyn sollte, man braucht sie ja nicht als eine neuere und bessere Beweisführung zu betrachten, welches sie wirklich nicht ist: man hat sie bloß als eine die Eidesleistung vertretende Beweisführung anzusehen, wodurch man das an dem geführten Beweise Mangelnde ergänzt: wo auch eine zweyte Beweisführung, wenn man die erste verfehlt hat, aus demselben Grunde nicht gestattet wird, muß sie doch aus einem andern gestattet werden. Eben so muß es bey dem Reinigungseide dem, welchem er auferlegt worden ist, erlaubt seyn, durch Gewissensvertretung den Eid zu decliniren. Die Gewissensvertretung kann hier sehr natürlich nur auf Entfernung der Verdachtsgründe gerichtet seyn: sie muß um so mehr statt finden, als der Gegenbeweis allenthalben erlaubt ist, wo ein Beweis geführt war, hiernächst auch ohne dieß, wenn Verdachtsgründe vorhanden sind, die jemanden nachtheilig werden können; daß sie nachtheilig geworden sind, zeigt der erkannte Reinigungseid. Aber wenn nun der Eid unbedingt verweigert wird (in Ansehung der bedingten Verweigerung, weil man nämlich die Verdachtsgründe für unzulänglich hält, ergiebt sich alles von selbst), läßt sich da behaupten, daß jetzt der Richter den den Eid verweigernden als confessus und convictus betrachten, und gegen ihn als solchen erkennen könne?

Ich glaube nicht. Der Satz „manifestae turpitudinis et confessionis est jurare nolle" kann auch hier keine Anwendung finden, denn er geht, wie man deutlich sieht, nur auf das juramentum delatum und auf den vom Richter zur Beendigung des Rechtsstreits auf den geführten Beweis oder die vorhandenen Verdachtsgründe auferlegten Eid. Wer den Reinigungseid nicht leisten will, verstärkt durch seine Weigerung bloß die vorhandenen Verdachtsgründe: man kann aber nicht sagen, er erscheine schon deswegen als confessus und convictus. Es wird also darauf ankommen müssen, ob die schon vorhandenen Verdachtsgründe an sich so stark sind, daß man aus dem durch Verweigerung des Eides noch hinzutretenden Verdacht den Verklagten als einen Ueberführten behandeln kann. In Criminalfällen wird das nie anzunehmen seyn, wenigstens nicht zu dem Ende, um die ordentliche Strafe zu erkennen: in Civilfällen, in welchen man bey einem abzufassenden Erkenntnisse auch auf Wahrscheinlichkeiten baut, eher; indeß dürfte doch auch hier die Wahrscheinlichkeit nicht so weit getrieben werden können, daß durch die Verweigerung des Reinigungseides eine juridische Gewißheit entstünde: man würde annehmen können, daß wo es überall thunlich, dadurch, daß dem andern Theil der Erfüllungseid aufzulegen, die Wahrheit erhalten werden müßte. Denn unstreitig wird eine größere Wahrheit dadurch erhalten, als aus der Combination noch so erheblicher Thatsachen und dem Schließen daraus, wobey doch immer nur alles in den Grenzen der Wahrscheinlichkeit verbleibt, hervorgeht. Hat ja ohne dieß im Zweifel der Richter die Wahl zwischen dem Reinigungs- und Erfüllungseide, und steht ja nirgends geschrieben, daß

wenn er der einen Parthey den Eid zuerkannt hat, und diese das Abschwören desselben verweigert, er der andern denselben nicht mehr auferlegen könne. In nicht zweifelhaften Fällen hat nun wohl die Doctrin für den Erfüllungseid sowohl als Reinigungseid eine Regel geschaffen, aber auch die Regel läßt sich nur bedingungsweise behaupten, nämlich in so fern ihr, wie hier vorausgesetzt wird, in dem Erkenntnisse Genüge geschehen, der zuerkannte Reinigungseid aber verweigert wird. Es gilt ja bloß der Frage, ob für den Fall, wo der rechtmäßig zuerkannte Reinigungseid verweigert wird, der Richter schon auf den Grund dieser Verweigerung denjenigen, der ihn verweigert hat, als confessus und convictus behandeln könne, oder nicht vielmehr schuldig sey, noch durch andere Versuche, wohin auch der dem andern Theile aufzuerlegende Erfüllungseid gehört, hinter die Wahrheit zu kommen.

Obgleich das juramentum suppletorium sowohl als purgatorium Gattungen des vom Richter auferlegten Eides im Allgemeinen sind, so dürfen sie doch, wie aus dem Vorstehenden erhellt, nicht ganz nach dem Geschlecht beurtheilt werden, weil ihre individuelle Natur und Eigenschaft schon Abweichungen von der Regel nöthig macht. Dieß darf um so weniger auffallen, als oft genug Species vorkommen, die nicht nach der Regel des Geschlechts gehen: alles kommt darauf an, ob die Gattung eine nothwendige oder hinzugekommene Modification erhalten hat, die ihre Beurtheilung nach der Regel aufhebt.

IV. Bey dem von einer Parthey der andern als Beweismittel deferirten Eide, muß der Satz: manifestae turpitudinis et confessionis est nolle — jurare wieder in

seiner ganzen Kraft und Wirkung eintreten, und auf diesen geht er eigentlich wie das „nolle nec jurare nec jusjurandum referre" deutlich zeigt. Das es auch hier und vorzugsweise erlaubt sey, daß Gewissen mit Beweis zu vertreten, ist bekannt, und so findet sich denn die Wahl zwischen der Leistung des deferirten Eides, dessen Zurückschiebung und der Gewissensvertretung von selbst. Aber zu einem von dreyen ist der, welchem der Eid deferirt wurde, bey Strafe der manifestae turpitudinis und confessionis pflichtig. Wird der Eid geschworen, so steht das dadurch Erhärtete als Wahrheit fest, wird er ohne rechtmäßige Gründe geradehin verweigert, so muß, was abgeschworen werden sollte, als eingeräumt angenommen werden, und kommt jetzt auf größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Gegentheils nichts weiter an. Wird der Eid referirt, und der Gegentheil schwört ihn, so steht wieder das Beschworne als Wahrheit fest: will er ihn nicht schwören (wenn er ihn überall schwören kann) so findet wieder statt, was das Gesetz sagt „manifestae turpitudinis est — jurare nolle" und wird es so angesehen, als wenn derjenige, welcher den Eid referirte, wirklich geschworen hätte. Da bekanntlich und aus ganz begreiflichen Gründen bey der Relation des Eides, das Abschwören desselben nicht durch die Gewissensvertretung umgangen werden kann, so ist klar, daß jede Verweigerung der Ableistung des zurückgeschobenen Eides, in so fern kein sonstiger rechtmäßiger Grund zur Verweigerung vorhanden ist, die poenam jurare nolentis unbedingt nach sich zieht. — Greift der, welchem der Eid deferirt worden ist, zur Gewissensvertretung, so kommt es darauf an, ob er den Beweis vollständig oder ob er gar nichts, oder wohl end-

lich gar gegen sich beweist. Im ersten Falle ergiebt sich alles von selbst, im zweyten und dritten muß es ihm noch erlaubt seyn zu dem Eide zurückzukehren, und dadurch den unvollständigen Beweis entweder zu ergänzen, oder den ganz verfehlten zu vollführen. Denn die probatio pro exoneranda conscientia ist ja bloß als ein Beneficium zu betrachten, dessen Gebrauch wohl wohlthätig seyn, nie aber nachtheilig werden kann. Daraus folgt denn, daß wenn die Gewissensvertretung den beabsichtigten Nutzen nicht geleistet hat, noch immer zu dem deferirten Eid zurückgekehrt werden kann. — Hat aber der, dem der Eid zugeschoben wurde, bey der unternommenen Gewissensvertretung nicht bloß nichts, sondern sogar gegen sich bewiesen, so kann es ihm nicht gestattet werden, zu dem Eide zurückzukehren, weil er sich selbst des Meineides verdächtig gemacht hat. Eines Theils muß man annehmen, der welcher den Eid deferirte würde selbst, wenn er gewußt hätte, daß solche Verdachtsgründe vorhanden waren, als jetzt ausgemittelt worden sind, den Eid nicht zugeschoben haben, andern Theils ist es Pflicht des Richters den des Meineides Verdächtigen von der Leistung des Eides auszuschließen. Die Frage ist nur, was muß jetzt geschehen? Muß der, welcher den Eid deferirt hatte, zu neuen Beweismitteln verstattet werden, oder muß, oder kann schon auf den Grund der verfehlten Gewissensvertretung erkannt werden, oder ist endlich der Richter befugt, durch einen dem Gegner aufzuerlegenden Eid der Sache eine baldige Endschaft zu geben?

Man würde eigentlich annehmen müssen, daß derjenige, welcher den Eid deferirt hat, jetzt zu andern Beweismitteln zu verstatten sey, und der von ihm

zu führende Beweis die Gestalt einer probatio pro vitando perjurio annehmen müsse, wenn dieser Annahme nicht zweyerley entgegenstände. Einmal, daß es nicht mehr von dem, welcher den Eid deferirt hatte, allein abhängt, ob der Andere, welcher die Gewissensvertretung ergriffen hat, jetzt noch zum Eide zuzulassen, sondern auch das Sentiment des Richters hier mit ins Spiel tritt, dessen Pflicht es ist, die des Meineides höchst Verdächtigen nicht zum Eide zu lassen. Man kann aber wohl des Meineides nicht mehr verdächtig werden, als wenn man bey der Gewissensvertretung gerade gegen sich bewiesen hat. Zweytens, daß ja der, welchem der Eid deferirt wurde, selbst daran Schuld ist, daß solcher nicht abgeschworen werden kann, und es hart seyn würde, die Gegenparthey um seiner Schuld willen mit einem neuen Beweise beschweren zu wollen. Man kann nicht annehmen, es sey ja ganz derselbe Fall, als wenn eine Parthey einen Eid deferirt, den sie wegen wichtiger hernach entstandener Verdachtsgründe des Meineides zurücknimmt und eine probationem pro vitando perjurio substituirt. Denn da wird vorausgesetzt, daß sie die Verdachtsgründe ohne Zuthun des Gegners gefunden habe: hier aber sind sie ja durch seine versuchte Gewissensvertretung entstanden. Da handelt es sich ferner um unerwiesene und nur wahrscheinliche, hier um erwiesene und wirkliche Thatsachen. — Es scheint also nichts übrig zu bleiben, als die Annahme, daß der Richter auf den Grund der verfehlten Gewissensvertretung allein schon erkennen, oder doch höchstens nur die andere Parthey noch mit einem juramentum litis decisorium belegen könne. Das letztere scheint wirklich überflüßig zu seyn. Denn wenn jemand einen ihm auferleg-

ten Beweis nicht bloß verfehlt, sondern sogar gegen sich beweist; so ist nichts natürlicher, als daß er ganz auf den Grund des verfehlten Beweises genommen und verurtheilt werden muß. Es ist aber gleichgültig, ob jemand einen auferlegten Beweis antritt, oder zur Gewissensvertretung schreitet, denn in der Eideszuschiebung war ja die Auferlegung des Beweises enthalten, und das Surrogat — die Gewissensvertretung — muß mit dem, welchem sie surrogirt worden, nach ganz gleichen Grundsätzen beurtheilt werden.

Ganz anders nimmt sich die Sache, wenn wir

V. den Eid als Transactsmittel betrachten, sey es in Gestalt eines gerichtlich verglichenen Eides, oder in der einer außergerichtlichen Convention. Bestimmen wir erst genauer die hieher gehörigen Fälle.

Die außergerichtlichen Vereinbarungen haben keine Schwierigkeiten. Wenn Sempronins und Titius mit einander über irgend einen Gegenstand uneinig sind, und sich unter der Bedingung vergleichen, wenn der Eine von ihnen etwas dahin Gehöriges beschwören würde, so ist alles vorhanden, was zur Sache nöthig ist. Mehr Schwierigkeiten scheinen die gerichtlichen zu haben.

Wird in einem Rechtsstreit gleich von vorn herein eventualiter und auf den Läugnungsfall der Eid deferirt, so sieht man sogleich, daß es sich um den Eid als Beweismittel handelt. Eben das ist der Fall, wo man in Folge eines den Beweis auferlegenden Erkenntnisses den Eid zuschiebt, oder ohne selbiges, wenn der Grund der Klage in Abrede gestellt worden. Wird hingegen auf Veranlassung eines Sühneversuchs erklärt, daß man seine Ansprüche ganz oder zum Theil aufgeben

wolle, wenn der Kläger den Eid über etwas leisten würde, oder zur Abkürzung der Sache von dem Richter die Eidesleistung unter den Partheyen recht eigentlich verglichen, so sind die Fälle vorhanden, wo der Eid nicht als Beweis, sondern als Transactsmittel erscheint. Hieher gehört auch, wenn der Richter bey Vergleichsvorschlägen den einen oder den andern Punct als zuvor durch den Eid zu reguliren voraussetzt. Es thut nichts zur Sache, wenn auch früherhin über diese Puncte der Eid war deferirt worden, wenn die gegenwärtige obligatio ihn zu leisten nur nicht ex delatione, sondern ex transactione entspringt.

Es ist klar, daß das juramentum transactum nicht mit dem juramentum delatum nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden kann. Man mag immerhin sagen, daß wenn sich jemand hinterher weigert, den verglichenen Eid zu leisten, diese Weigerung manifestae turpitudinis sey. Aber es läßt sich nicht behaupten, sie sey auch manifestae confessionis so, daß wenn wegen wegfallenden Eides als Bedingung des Transacts, der Transact selbst rückgängig wird, und der sistirte Prozeß seinen Fortgang nimmt, das, worüber der Eid geleistet werden sollte und nicht geleistet worden ist, als eingeräumt angenommen werden müsse. Denn die Gesetze nehmen die confessio nur da als Folge des verweigerten Eides an, wo der Eid als Beweismittel erscheint, möge er von der Parthey deferirt oder vom Richter auferlegt worden seyn. Wo er bloß als Bedingung eines Transacts erscheint, kann seine nachmalige Verweigerung keine weiteren Folgen haben, als die Rückgängigkeit des Transacts wegen wegfallender Bedingung. Man könnte sagen, da nach dem neueren Recht aus dem Vergleiche nicht bloß exceptio, sondern auch actio

entspringt, so könne auch auf die Erfüllung der Transactsbedingung, nämlich auf die Ableistung des Eides, angetragen werden, so daß widrigenfalls das durch den Eid Wegzuschaffende als eingeräumt anzunehmen. Allein, wenn man auch annimmt, daß auf Erfüllung der Vergleichsbedingungen angetragen werden könne, so kann man doch nicht zugestehen, daß ein Antrag auf den Nichterfüllungsfall dahin statt finden müsse, daß das durch den Eid Wegzuschaffende für eingeräumt zu halten, weil dieser Antrag über die Grenzen der Vergleichsberechtigung hinaus gehen würde. Durch den Vergleich nämlich wird jede Parthey nur berechtigt, die Erfüllung des Transacts, und der demselben zum Grunde liegenden Bedingungen zu fordern. Wird die Erfüllung der Bedingung verweigert, so muß der Transact rückgängig werden und die Verbindlichkeit zur Entschädigung eintreten. Das Resultat ist: In so fern der Eid als bloßes Transactsmittel oder als Transactsbedingung in Betrachtung kommt, kann derselbe immer verweigert werden, ohne daß man zu fürchten hat, es werde das, was man durch den Eidschwur entfernen soll, für eingeräumt angenommen. Eine andere Frage ist, ob wenn nun nach zu Grunde gegangenem Vergleich der Prozeß seinen Fortgang nimmt, der Eid über denselben Punct als Beweismittel deferirt werden könne, worüber der verglichene Eid verweigert wurde, oder vielmehr, ob der Richter eine Parthey, welche den verglichenen Eid verweigert hatte, zur Ableistung des juramenti delati verstatten könne? Ich glaube allerdings, denn der Verdacht des Meineides entsteht keinesweges aus einer solchen Eidesverweigerung: man kann ja seine guten Gründe gehabt haben, den Eid zu verweigern: darum

ter ließe sich oben ansetzen, daß man nun einmal den Vergleich nicht halten wollen, und daß um diesen Willen zu realisiren, nichts nothwendiger war, als die Verweigerung des übernommenen Eides. Nach den Grundsätzen vom juramento a parte delato und a judice imposito kann nun einmal der Fall in keiner Hinsicht beurtheilt werden: dort mag bey der angenommenen Rigeur aus der Eidesverweigerung immerhin der Verdacht des Meineides entstehen, und daher die Rückkehr zu dem einmal verweigerten Eide verboten seyn: hier darf er nicht daraus gefolgert werden. Es kommt hinzu, daß selbst beym juramentum a parte delatum und a judice impositum nicht der Verdacht des Meineides es ist, warum man zu dem einmal verweigerten Eide nicht zurückkehren kann, sondern allein der Umstand, daß wer nicht schwören auch nicht von den ihm gesetzlich nachgelassenen Beneficien der Eideszurückschiebung und der Gewissensvertretung Gebrauch machen will, in die Strafe der manifestae turpitudinis und confessionis in der Regel verfällt. Aus diesen Gründen glaube ich daher behaupten zu können, daß wenn ein juramentum, das bey einem Vergleiche zur Bedingung gemacht worden ist, hernach verweigert wird, und durch diese Verweigerung der Transact zu Grunde geht, eine solche Verweigerung weiter keinen Einfluß auf die im Fortgange des Prozesses zu gebrauchenden Beweismittel hat, sondern der, welcher den Eid verweigert, noch immer ohne Bedenken damit belegt, oder wenn ihm die andere Parthey denselben deferirt hat, zur Ableistung des angenommenen Eides zugelassen werden müsse.

Aus den bisher vorgetragenen Grundsätzen entwickelt sich nun der Unterschied zwischen dem in vim transactionis

und dem zum Behuf der Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit zu leistenden Eide in allen seinen Folgen und Wirkungen. Die Rigeur, welche die Gesetze beym Eide annehmen, in so fern er als Beweismittel in Betracht kommt, kann nicht statt finden, wenn es sich um denselben als bloße Transactsbedingung handelt, ohne Unterschied, ob die Sache gerichtlich oder außergerichtlich regulirt worden ist. Der Unterschied liegt nicht nur in der Natur der Sache, sondern er ist auch mit deutlichen Worten in den Gesetzen anerkannt worden. Man kann nicht sagen, wer conditionem transactionis nicht erfüllt, wird zugleich sachfällig: man kann nur annehmen, wer sie nicht erfülle, für den seyen die Vortheile des Vergleichs verloren, und kehre die Sache zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung zurück, wenn sie darin schon begonnen hatte, oder sie komme jetzt zur gerichtlichen Verhandlung und Entscheidung, wenn der Rechtsstreit darüber noch nicht begonnen hatte. Keiner der Nachtheile, welche bey dem von der Parthey deferirten oder vom Richter auferlegten Eide, wenn dieser verweigert wird, eintreten, kann daher hier statt finden: die Sache muß vielmehr ganz nach den Grundsätzen jeder andern Transactsbedingung beurtheilt werden.

XXXI.

Worin besteht der Schutz, welchen der Prätor dem geleisteten Eide verleiht? §. 200 u. 201. — Findet dieser Schutz auch statt, wenn zwar nicht in den nothwendigen Bedingungen der Eidesleistung, aber doch in zufälligen gefehlt worden ist. §. 202. — Bemerkungen über das juramentum in litem. §. 202 u. 203. — Ueber die retractatio jurisjurandi. §. 204.

§. 200.

Der Prätor verspricht den geleisteten Eid zu schützen. Es scheint mir nöthig noch über diesen prätorischen Schutz in seiner Eigenschaft und Ausdehnung ausführlicher zu sprechen. Als ausgemacht kann man wohl annehmen, daß der verheißene Schutz nicht auf die Ableistung des Eides beschränkt sey, sondern auch für den Fall statt finden müsse, wenn der Eid als geleistet betrachtet werden muß, nämlich wenn er von der andern Parthey remittirt worden, in so fern diese überall ein Recht zur Remission hat. Eben so kann als ausgemacht angenommen werden, daß der prätorische Schutz für jede Eidesleistung ohne Unterschied statt finde, möge der Eid in vim litis decisionis oder transactionis geleistet worden seyn, obgleich in den Gesetzen nur vorzugsweise von dem dem ersteren Eide zu verleihenden Schutze die Rede ist.

Um die Natur und das Wesen des prätorischen Schutzes genau bestimmen zu können, wird jedoch ein Unterschied zu machen seyn, zwischen dem in vim litis decisionis und dem in vim transactionis geleisteten Eide.

Von dem ersteren gilt das was *Digest. XII, 2, L. 7.* geschrieben steht: Ejus rei de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo. Ulpian erläutert diesen Ausspruch des Prätors dahin, daß wenn eine Forderung oder ein Anspruch abgeschworen worden ist, weder mehr gegen den-

je-

jenigen, der sie abgeschworen hat, noch diejenigen, welche in seine Stelle treten, eine actio statt finde. Sogar gegen diejenigen findet nach *L. 8.* keine actio mehr statt „qui in rem successerint," woraus folgt, daß der successor singularis eben so sicher ist als der successor universalis. Aber so wie das Abschwören einer Forderung oder eines Anspruchs die denegatio actionis zur Folge hat, so hat das Zuschwören derselben wieder die Verleihung einer actio zum Begleiter, bey welcher jetzt nicht mehr nach der Zuständigkeit des Rechts, sondern bloß darnach gefragt wird, ob man solches durch einen Eid erhärtet habe, und mit Hinsicht auf die geschehene Eidesleistung das Zugeschworne gefordert wird.

So wie durch eine actio der geleistete Eid geschützt wird, eben so findet auch die Schützung desselben durch exceptio statt, für die Fälle, wo gegen den geleisteten Eid etwas gefordert wird. Der Prätor verweigert die actio hier schon von selbst, wenn bey ihm war geschworen worden: war anderwärts der Eid geleistet worden, und es ist die Eidesleistung noch im Zweifel, so findet exceptio so lange statt, bis darüber Gewißheit erhalten worden ist. Darauf scheint die Stelle *Dig. XII, 2, L. 9.* „Nam posteaquam juratum est, denegatur actio: aut si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est" zu gehen, worin nur von einer vorläufigen exceptio bis dahin die Rede ist, daß über den geleisteten Eid alles in Gewißheit gesetzt worden. Sonst wird §. 1. des gedachten Gesetzes die Wirkung des geleisteten Eides so dargestellt: Jurejurando dato vel remisso reus quidem acquirit exceptionem sibi aliisque: actor vero actionem acquirit: in qua hoc solum quaeritur, an juraverit, sibi dari oportere: vel cum jurare paratus esset, jusjurandum ei remissum sit.

Der prätorische Schutz kann bey alle dem nicht weiter gehen, als Kraft und Wirkung des Eides gehen. Der Satz

bedarf noch einer weiteren Ausführung. Es kommt hier alles darauf an, unter welchen Verhältnissen und Umständen, und wie geschworen worden ist. In der Pandecten-Compilation finden sich folgende hieher gehörige Fälle, von welchen aus sich vielleicht die Theorie entwickeln lassen dürfte.

Dig. XII, 2, L. 7, §. 7. „Si petitor juravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio: sed hoc duntaxat adversus eum qui jusjurandum detulit, eosque qui in locum ejus successerunt: caeterum adversus alium, si velit praerogativa jurisjurandi uti, nil ei proderit." Es ist die Rede von der rei vindicatio, womit der Besitzer einer Sache in Anspruch genommen und auf die Herausgabe derselben belangt wird. Der Verklagte deferirte dem Kläger den Eid über das Eigenthum, und dieser schwor sich dasselbe zu. Dem Kläger wird nun eine actio, versteht sich ex jurejurando praestito gestattet gegen den Possessor und seine Stellvertreter, nicht aber gegen Andere. Diesen steht daher der geleistete Eid gar nicht entgegen, sie können vielmehr immer, wenn sie wollen, das zugeschworne Eigenthum bestreiten. Als Grund wird in der *L. 10.* angeführt „quia non deberet alii nocere, quod inter alios actum esset."

Dig. c. l. et t. L. 11. heißt es Sed si possessori fuerit jusjurandum delatum, juraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet adversus eum qui detulit jusjurandum, si petat, exceptione jurisjurandi utetur, si vero amiserit possessionem, actionem non habebit, nequidem si is possideat, qui ei jusjurandum detulit: non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse." Es ist hier von dem Falle die Rede, wo der in Anspruch genommene Besitzer einer Sache eidlich erhärtet hat, daß solche dem Kläger nicht angehöre. Gegen fernere petitorische Ansprüche des Klägers soll er durch die exceptio jurisjurandi geholfen werden, in so fern er noch Besitzer der Sache ist: hat er aber die pos-

sessio verloren, so kommt ihm auch der geleistete Eid nicht weiter zu statten, wenn gleich die Sache sich jetzt in den Händen desjenigen befinden sollte, der ihm den Eid deferirt hatte. Der angegebene Grund „non enim etc." erscheint gar nicht auffallend. Hätte er geschworen gehabt, daß die Sache ihm zugehöre, so müßte er hinsichtlich des geleisteten Eides immer gegen denjenigen geschützt werden, der ihm sein Recht streitig machen wollte, so aber hatte er nur geschworen, daß dem Andern die Sache nicht gehöre: mit diesem Schwur konnte er sich wohl im Besitz schützen, so lange er ihn hatte, nicht aber auf den Grund des Eides, den verlornen Besitz wieder fordern. Damit ist nicht gesagt, daß der, welcher den Besitz verloren hat, nicht wieder auf einem andern Wege zu denselben gelangen könne, nur auf den Grund des geleisteten Eides kann er nicht wieder dazu kommen. Hatte er aber geschworen, daß ihm die Sache gehöre, so wird ihm auch nach verlornen Besitz mit der actio in factum gegen denjenigen geholfen, der ihm den Eid zugeschoben hatte. Ausdrücklich sagt das §. 1. des citirten Gesetzes in den Worten: Proinde si cum possideret, deferente petitore rem suam juravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is, qui detulit jusjurandum, nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam etc.

Die Ausnahmen von der Regel dürften sich bei diesen gesetzlichen Bestimmungen wohl von selbst verstehen. Es wäre ja doch möglich, daß in dem ersten Fall und wenn war geschworen worden, rem petitoris non esse, der petitor einen später und nach Ableistung des Eides erst entstandenen Grund für die Zuständigkeit des Eigenthums an der Sache aufzubringen vermöchte. Es läßt sich überall nicht wohl denken, daß so generell geschworen worden „rem petitoris non esse, sondern daß dabey auf den Grund, aus welchem das Eigenthum in Anspruch genommen war, Rücksicht ge-

nommen, und dieser Grund durch den Eid ungültig gemacht worden. Aber gesetzt auch, der Eid sey so ganz generell geleistet worden, so kann er doch nicht auf Ansprüche gehen, die aus einem zur Zeit des geleisteten Eides noch nicht vorhandenen Fundament entspringen. Und rücksichtlich des zweyten Falles scheint wieder ganz klar zu seyn, daß wenn nach geleistetem Eide das zugeschworne Eigenthum verloren gegangen war, dieser Verlust allerdings in Betrachtung kommen müsse. Zwar stand das Eigenthum des Besitzers gegen den petitor einmal für allemal durch den Eid fest, aber der hinterher erfolgte Verlust desselben konnte nicht in der Eidesleistung begriffen seyn.

Dig. c. l. et t. L. 11, §. 3. wird gesagt: Si cum de hereditate inter me et te controversia esset, juravero hereditatem meam esse, id consequi debeo, quod haberem, si secundum me de hereditate pronuntiatum esset, et non solum eas res restituere debes, quas tunc possidebas, sed et si quas postea coepisses possidere: perindeque haberi, quod juratum est, atque si probatum esset: id circo utilis actio mihi competit. Quod si ego ex eadem hereditate possiderem, tuque coepisses eam petere a me, cum adversus te jurassem, exceptione me uti debere jurisjurandi. Plane si alius a me hereditatem petere coeperit, dubium non erit, ut et Julianus scribit, nihil mihi jusjurandum prodesse. *L. 12.* Idem est et si ego a quolibet alio possidente res hereditarias petere velim etc. Was hier von der Erbschaft gesagt wird, die man sich zugeschworen hat, wird *L. 11. §. 2.* auch von dem usufructus, den man sich zugeschworen, behauptet. Die ausgeschriebenen Stellen sind darum besonders merkwürdig, weil sie uns die Wirkungen des Eides, wodurch sich jemand etwas zugeschworen hat, in ihrem ganzen Umfange kennen lehren. Wer sich ein Recht zugeschworen hat, kann gegen denjenigen, gegen welchen er den Eid leistete, davon einen eben so ausgedehn-

ten Gebrauch machen, als wenn es ihm wäre zuerkannt worden; eben so gegen dessen Stellvertreter. Hat er es aber mit einem Dritten zu thun, so kommt der geleistete Eid überall nicht in Betracht: mag er fordern oder mag von ihm gefordert werden, so findet keine Berufung auf den Eid, weder zum Behuf des Rechts selbst, noch des Beweises statt.

Für die Frage: in wie fern der von dem Einen deferirte, oder der von dem Einen geschworne Eid dem Andern nachtheilig oder vortheilhaft sey, ist noch besonders *Dig. c. l. et t. L. 28.* zu merken, wo es heißt: In duobus reis stipulandi ab altero delatum jusjurandum etiam alteri nocebit. §. 1. Quod reus juravit etiam fidejussori proficit, a fidejussore exactum jusjurandum prodesse etiam reo, Cassius et Julianus ajunt: nam quia in locum solutionis succedit, hic quoque eodem loco habendum est: si modo ideo interpositum est jusjurandum, ut de ipso contractu et de re, non de persona ageretur. — — §. 3. Ex duobus reis promittendi ejusdem pecuniae si alter juravit: alteri quoque prodesse debebit. Nach diesem Gesetz ist der von einem der Correalberechtigten oder Correalverbundenen deferirte oder geleistete Eid allemal dem Andern gleich nachtheilig und vortheilhaft, dahingegen was bloß ein Mitberechtigter oder Mitverbundener am Eide deferirt oder leistet, hat auf den Andern weder einen vortheilhaften noch nachtheiligen Einfluß. Weil jedoch der Eid des Bürgen, in so fern er in rem geschworen worden, auch dem Gläubiger zu statten kommt, so müssen wir annehmen, daß bey Mitverpflichteten der von einem derselben in rem geleistete Eid auch allen zu statten komme.

So wären wir dahin gelangt über den prätorischen Eidesschutz folgende allgemeine Grundsätze aufstellen zu können, an die sich hernach noch einzelne Untersuchungen anknüpfen lassen.

1) Der Prätor schützt den Eid nur genau in der Maaße, in welcher er geschworen worden. Hat sich jemand ein Recht zugeschworen, so muß ihm dasselbe im möglichsten Umfange und so gestattet werden, als hätte er es vollständig erwiesen. Hat er es sich nicht eigentlich zugeschworen, sondern nur durch seinen Schwur bewirkt, daß der Gegner es nicht antasten darf, so geht der prätorische Schutz auf nichts weiter als auf die Entfernung möglicher Angriffe auf das Recht: die Ausübung desselben steht nicht unter dem prätorischen Schutz, denn mit ihr hatte ja der Eid überall nichts zu thun. Alle die Ausübung des Rechts betreffende Fragen gehen daher für sich, und ist deren Beurtheilung ganz von dem geleisteten Eide unabhängig.

2) Der Prätor schützt den Eid nur überall, in so fern als es sich unter denselben Personen handelt, unter welchen geschworen worden ist, und ihren Stellvertretern, nicht in so fern von einem Verhältniß zwischen dem der geschworen hat, und einem Dritten die Rede ist. Einem Dritten kann daher der geleistete Eid nur in Fällen der Correalobligation vortheilhaft oder nachtheilig seyn, und außerdem zufällig, wenn die obligatio ganz, an sich, und ohne Beschränkung auf eine Person weggeschworen worden ist.

Aus dem leztern Grunde kommt auch der von dem Bürgen geleistete Eid dem Hauptschuldner zu statten, falls nämlich der Bürge das Daseyn der obligatio nicht bloß für seine Person, sondern überall weggeschworen hat. Es frägt sich, kann er das, da er doch im eigentlichen Sinne hier über ein factum alienum schwören würde? allein man bedenke, daß Hauptschuldner und Bürge hier als eine verbundene Person

erscheinen, die, in so fern es sich nicht um die Frage, ob jemand bloß einer Verbindlichkeit als Bürge beygetreten ist, sondern ob sie, die obligatio, selbst existirt, handelt, so für einander eintreten, daß selbst alle, nur nicht ganz persönlichen Einreden, unter ihnen gemein werden. Da dieselben Grundsätze bey allen Mitverpflichteten eintreten, so ist auch das, was vom Hauptschuldner und Bürgen gilt, oben auf sie ausgedehnt worden. Die Hauptsache dürfte hier indeß wohl der Umstand machen, daß das Verbot de facto alieno zu schwören nach dem Römischen Recht wohl nur eigentlich den von dem Richter auferlegten Eid, nicht das juramentum delatum betrifft, weil dabey doch das Meiste von dem Arbitrium der Parthey abhängt. Nach den Gesetzen wird allemal, wenn es zweifelhaft ist, ob in rem oder bloß in personam geschworen worden, das Erste angenommen [a]).

3) Der Schutz, welcher dem Eide widerfährt, besteht nach Umständen in einer exceptio, auch in einer actio, je nachdem es sich bloß darum handelt, sich gegen künftige Ansprüche des Gegners zu decken, oder auch etwas von ihm zu fordern, wozu er aus der Eidesleistung pflichtig ist. Der Prätor schützt noch weiter, indem er alle Rechtsmittel verstattet, die aus dem Recht, welches sich die Parthey zugeschworen hat, entspringen [b]), gleichsam, als wenn sie aus einem vollständig erwiesenen Recht zuständen; alles freylich nur in Beziehung auf den, welcher den Eid geleistet hatte,

---

a) Hieher gehört insbesondere *Dig. c. l. et t. L.* 42, *pr.*
b) Die actio utilis, von welcher *Dig. c. l. et t. L.* 11, §. 3. die Rede ist, kann allein davon verstanden werden.

oder gegen den er als vom Richter auferlegter Eid war geschworen worden.

§. 201.

So viel über den prätorischen Schutz des in vim probationis und decisionis geleisteten Eides, wir wollen uns jetzt auch noch nach dem in vim transactionis geleisteten Eide umsehen und untersuchen, in wie fern derselbe auf den Schutz des Prätors und mit welchem Erfolg Anspruch machen könne. Es erhellt aus dem oben Gesagten deutlich, daß der Prätor das in vim probationis und decisionis geleistete Jurament als eine unter den Partheyen feststehende Wahrheit schützt, denn es vertritt ja die Stelle des sonstigen Beweises. Der in vim transactionis geleistete Eid kann schon so nicht geschützt werden: der Eid ist ja hier bloß Bedingung des Transacts: er kann also nur überhaupt zugleich mit dem Transact als dessen Bedingung geschützt werden. Wo bey dem ersten Eide die Rechte ja aus dem Eide allein entspringen, da entspringen sie bey dem letzteren aus dem Vergleiche allein. Man kann nicht sagen, es mache doch im Grunde keinen Unterschied, ob man das Recht unmittelbar oder mittelbar aus einem Eide ableite: bey dem in vim transactionis geschwornen Eide entspränge doch das Recht eben so gut aus dem Eide, wenn man nämlich in Betrachtung ziehe, daß ohne das der Transact nicht zu Stande habe kommen können; denn sobald die Bedingung einer Rechtshandlung vorüber ist, ist nicht sie, sondern die Rechtshandlung selbst der Grund des Rechts. Hieraus folgt denn, daß der Richter bloß fragen darf, was unter der Eidesbedingung verglichen worden ist, und daß er, wenn die Bedingung erfüllt worden, bloß das Transactum schützen kann. Hier treten aber allein die aus dem Transact zuständigen Rechtsmittel ein, nicht die aus der Eidesleistung. Ich nehme sehr natürlich das Wort Transact hier in der weiteren

Bedeutung, wo es sowohl den eigentlichen Transact des neuern Rechts, als den des älteren — die bloße Verzichtleistung auf den Rechtsstreit — in sich begreift. Am richtigsten hat unstreitig das Verhältniß des in vim transactionis zugeschobenen Eides Thibaut [c]) dargestellt, nur daß was er von dem außergerichtlichen Eide behauptet, unstreitig auch von dem gerichtlichen gelten muß, in so fern derselbe, wie hier vorausgesetzt wird, nicht in vim probationis, sondern in vim transactionis angetragen wird.

Nicht bloß für die Theorie, sondern auch hinsichtlich der practischen Folgen und Wirkungen ist der gemachte Unterschied sehr bedeutend. Denn bey dem in vim probationis geschwornen Eide werden die Rechte der Partheyen lediglich theils nach dem Inhalte des Eides, theils nach den besonderen gesetzlichen Bestimmungen darüber beurtheilt, bey dem in vim transactionis geschwornen hingegen lediglich und allein nach dem Inhalt des Vergleichs der auf den Grund des geleisteten Eides zu Stande gekommen ist. Die Frage, in wie fern durch einen solchen Eid ein Dritter Vortheile erhalte, oder Nachtheile erleide, muß auch allein aus der Lehre vom Transact und nicht aus der vom Eide beantwortet werden, weil alles hier um die auf den Grund des Eides getroffene Vereinbarung spielt, und sich daran schließt.

§. 202.

Der prätorische Schutz, welcher dem in vim probationis geleisteten Eide zugesichert worden, findet, wie bereits oben gedacht worden, nur überall statt, wenn nicht in den nothwendigen Bedingungen der Eidesleistung gefehlt worden. Es frägt sich: hat er auch statt, wenn zwar nicht in nothwendi-

---

c) Syst. des Pandect. Rechts 2ter Thl. §. 933.

gen, doch aber in zufälligen Bedingungen ein Fehler vorgegangen war, z. B. es ist von jemanden der Eid deferirt worden, der ihn nicht deferiren konnte, oder es hat jemand auf zugeschobenen Eid geschworen, der noch nicht eidesmündig war. Wenn ich hier zwischen nothwendigen und zufälligen Bedingungen unterscheide, so handele ich ganz im Geiste des Römischen Rechts: bey uns mag immerhin auch als nothwendig erscheinen, was bey den Römern nur zufällig war. Ausgemacht ist, daß der Umstand, wem der Eid von der Parthey deferirt wurde, bey den Römern gar nicht in Betrachtung kam: von ihr allein hing es ja ab, ob sie auch dem Eide des Unfähigen trauen wollte, und der Richter war schuldig, ihrem Vertrauen seinen Beyfall zu geben. Etwas Anderes war es mit dem von dem Richter auferlegten Eide, wobey derselbe auf die Eidesfähigkeit zugleich Rücksicht zu nehmen schuldig war. Wurde der Eid von jemanden deferirt, der zur Eidesdelation nicht fähig war, so war es freylich Pflicht des Richters, die Eideszuschiebung zu verwerfen. Aber es frägt sich hier nicht um die Rechte und Pflichten des Richters: bloß davon ist die Rede: ob ein in vim probationis zugelassener Eid, bey welchem die zufälligen Bedingungen mangeln, sich eben so gut des Schutzes zu erfreuen habe, als der, bey welchem sie vorhanden sind. Ich glaube allerdings. Ohne Beytritt des Richters kann ja überall ein solcher Eid nicht geschworen werden, hat der Richter in die Ableistung gewilliget, so kann er nun auch hinterher dem Eide seinen Schutz nicht versagen, weil er dadurch seine eigenen Handlungen bestreiten würde. Man kann auch nicht behaupten, daß die dadurch gekränkte Parthey durch Einwendung von Rechtsmitteln die Folgen und Wirkungen des geschwornen Eides hintertreiben könne, weil es ja eines Theils bey ihr stand, die Ableistung desselben durch die gesetzlichen Einwendungen und deren Ausführung zu verhindern, andern

Theils durch den Schwur, sobald er geleistet worden, ein unabänderliches Recht feststeht, welches alle begangene Fehler deckt, und welches bloß in den wenigen Fällen zu Grunde geht, in welchen die Anfechtung des Eides nachgelassen ist.

Es fehlt nicht an Gesetzstellen, wodurch das hier Gesagte bewiesen werden kann.

Dig. c. l. et t. L. 26. heißt es: Qui jurasse dicitur, nihil refert, cujus sexus, aetatisve sit: omni enim modo custodiri debet jusjurandum adversus eum, qui contentus eo, cum deferret fuit: quamvis pupillus non videatur pejerare, quia sciens fallere non videatur." Durch dieses Gesetz wäre unumstößlich dargethan, daß es beym juramentum a parte delatum ganz gleichgültig ist, wie das Subject beschaffen war, dem der Eid von der Parthey deferirt wurde, wenn es nur den Eid, wie er deferirt wurde, geschworen hat. Man kann aber auch ein Gleiches aus diesem Gesetz, hinsichtlich des vom Richter auferlegten Eides beweisen. Denn wenn der Richter einem unfähigen Subject den Eid auferlegt, und die andere Parthey schweigt dazu, so erklärt sie durch ihr Schweigen eben das, was sie erklärt, wenn sie den Eid selbst einem unfähigen Subject deferirt, nämlich, daß sie dem Eide trauen wolle.

Dig. c. l. et t. L. 35. §. 1. heißt es zwar: Prodigus si deferat jusjurandum audiendus non est. Idemque in caeteris similibus ei dicendum est: nam sive pro pacto convento, sive pro solutione, sive pro judicio hoc jusjurandum cedit, non ab aliis delatum probari debet, quam qui ad haec habiles sunt" und scheint es darnach, als wenn ein auf die von einem Unfähigen geschehene Zuschiebung geschworner Eid durchaus ohne alle Wirkung sey. Allein es ist zu bedenken, daß das Gesetz bloß von der Gestattung der Eideszuschiebung spricht, nicht von den Folgen und Wirkun-

gen des auf eine solche Delation wirklich geschwornen Eides. Ausdrücklich wird überdieß der Satz anerkannt in den gesetzlichen Ausnahmen von der Regel.

Es kommt nämlich allein darauf an, ob der den Eid Deferirende über den Gegenstand, über welchen er den Eid zuschob, zu verfügen fähig war oder nicht. Im ersteren Falle hat der auf solche Zuschiebung geleistete Eid volle Kraft und Wirkung, möge er auch sonst aus andern Gründen zur Eideszuschiebung so unfähig seyn als er wolle. Im letzteren Falle entspringt zwar auch aus dem geleisteten Eide sowohl actio als exceptio, aber es kann der ersteren durch die exceptio, daß der, welcher den Eid deferirt hatte, nicht über den Gegenstand desselben verfügen könne, und der letzteren durch die replicatio eben dieses Grundes begegnet werden. Man muß also zwischen absoluter und relativer Unfähigkeit zur Eidesdelation unterscheiden. In beiden Fällen gewährt zwar der geleistete Eid Schutz, aber im ersten Fall können die Wirkungen dieses Schutzes wieder hintertrieben werden. Man kann also behaupten, auch der von einem absolut Unfähigen deferirte Eid gebe, wenn er geleistet worden, wenigstens einen provisorischen Schutz.

§. 203.

Unter den Eiden, welche als remedium finiendarum litium geschworen werden, interessirt das juramentum in litem darum besonders, weil es von der Regel in mehreren Stücken abweicht. Zuerst wird es nöthig seyn, noch das Wesen dieses Eides genauer zu bestimmen.

Nicht jeder Eid, wodurch der Werth einer Sache oder das zu leistende bestimmt wird, kann darum schon als ein juramentum in litem betrachtet werden, sondern die Römer verbinden mit diesem Eide einen viel beschränkteren Begriff, wenn gleich nicht zu läugnen ist, daß der andere Eid gleich-

falls als juramentum in litem vorkommt und so genannt wird. Zum Wesen des juramentum in litem gehört, daß der Kläger über den wahren Werth der Sache hinaus schwört, aus Gründen, welche zu diesen Schwur berechtigen. „Interdum (heißt es *Digest. XII, 3, L. 2, §. 1.*) quod intersit agentis, solum aestimatur: veluti cum culpa non restituentis, vel non exhibentis punitur: cum vero *dolus* aut *contumacia* non restituentis, vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor." Es hält bey dieser Bestimmung doch immer noch schwer, das juramentum in litem in seiner wahren Beschaffenheit zu erfassen: liegt, frägt man, das Wesen desselben in dem dolus und der contumacia; und daß man deswegen über den wahren Werth hinaus schwören kann, denn ja auch ohne das kann über den wahren Werth hinaus geschworen werden? Ohne die folgenden Unterscheidungen dürfte man schwerlich zu einer richtigen Vorstellung über das juramentum in litem der Römer gelangen.

Juramentum in litem in der weiteren Bedeutung ist überhaupt jeder Eid, wodurch man die Größe seiner Forderung in Ermangelung anderer Beweismittel erhärtet. In so fern erscheint auch der Eid, wodurch man lucrum cessans und id quod interest beschwört als juramentum in litem. Aber dieser Eid hat allemal seine Basis in der Liquidation des lucri cessantis und des id quod interest, der die Gründe der Wahrscheinlichkeit nicht abgehen dürfen. Für diesen Eid finden keine Besonderheiten statt, er wird mit den übrigen zur Beendigung eines Rechtsstreits abzweckenden Eiden nach gleichen Grundsätzen beurtheilt. Aber das juramentum in litem in der engern Bedeutung setzt allemal voraus, daß es sich um eine bestimmte Sache handelt, deren Werth, wenn er gefordert wird, sonst genau nachgewiesen werden müßte, wo es aber jetzt propter dolum oder contumaciam des Gegentheils erlaubt wird, diesen Werth durch den Eid festzustel-

len, und nicht darnach gefragt wird, ob der Schwörende ihn über die Gebühr bestimmt oder nicht [d]). Die wesentlichen Erfordernisse dieses Eides also sind: 1) es wird eine Sache gefordert, und die Forderung löst sich, weil die Sache selbst nicht zu erhalten steht, in die Forderung ihres Werths auf. Es muß sich also immer bloß um den zu leistenden Werth der Sache handeln: das lucrum cessans und das Interesse ist von diesem Eide ausgeschlossen. Indeß enthält doch auch *Dig. c. l. et tit. L. 10.* [e]) einen Fall, wo wegen des id quod interest der Eid eben so gut auferlegt werden kann. Die übrigen Erfordernisse sind also mehr als dieses zu berücksichtigen. 2) Es concurrirt von Seiten des andern Theils dolus oder contumacia. Meist ist zwar in der contumacia immer zugleich dolus enthalten, es läßt sich indeß solche auch ohne dolus wohl denken. 3) Es soll auf Leistung des Werths nach vorgängiger eidlicher Erhärtung,

---

d) Durch diese Darstellung glaube ich, kommt man dem Geiste des Römischen Rechts näher, als wenn man mit Westenberg *pr. jur. sec. ordin. Pandect. ad tit. de in lit. jurando* und andern zwischen juramentum in litem veritatis und affectionis unterscheidet, und unter dem letztern das von mir als juramentum in litem im engern Verstande, unter dem erstern aber dasjenige versteht, welches ich juramentum in litem in der weiteren Bedeutung genannt habe. Wo ist in dem Pandectentitel von einer affectio die Rede? Darf man eine wirkliche affectio haben, und diese zu Geld anschlagen, so kann man sie geradehin auch durch den Eid bestärken, und tritt hier das juramentum in litem in der weitern Bedeutung ein. In den Gesetzen wird ja bloß dolus und contumacia des andern Theils zur Bedingung gemacht, die jetzt dadurch bestraft werden sollen, daß man den Kläger ohne Weiteres zum Schwur über den Werth der Sache oder das Interesse zuläßt, so hoch als er es in seinem Gewissen verantworten mag.

e) Instrumentis quae quis non exhibet, actori permittitur in litem jurare, quanti sua interest ea proferri: ut tanti condemnetur reus, idque etiam Divus Commodus rescripsit.

ohne alle weitere Untersuchung, ob der liquidirte Werth der richtige oder nicht, vielmehr übertrieben ist, erkannt werden.

Das Abweichende dieses Eides besteht nun darin. 1) Nur der Richter kann ihn auferlegen; eine Zuschiebung findet nicht statt. Die Sache ist doch sehr natürlich. Der Contumax kann ihn schon nicht zuschieben, weil der Begriff der contumacia voraussetzt, daß er sich überall nicht auf die Sache einließ. Bey dem dolose Handelnden ließe sich die Zuschiebung wohl denken, aber der dolus schließt ihn schon von der Befugniß der Eideszuschiebung aus, wenigstens läßt sich kein anderer vernünftiger Grund denken. Ein Dritter, welcher sich des contumax und des dolose Handelnden annähme, könnte wohl den Eid zuschieben, aber auch das soll nicht erlaubt seyn. Es heißt *Digest. XII, 3, L. 4. §. 1.* „Deferre autem jusjurandum judicem oportet: caeterum si alius detulerit jusjurandum, vel non delato juratum sit, nulla erit religio, nec ullum jusjurandum. Et ita constitutionibus expressum est imperatoris nostri et Divi patris ejus.

2) Es ist nicht die Rede davon, was die Sache wirklich werth ist, und ob der wahre Werth auch wohl anders ausgemittelt werden könnte, es frägt sich bloß darnach, welchen Werth die Parthey beschwören will. Das macht gerade den Hauptumstand bey diesem Eide aus. In allen andern Fällen frägt es sich zuvor nach der Bescheinigung des geforderten Werths der Sache, eventuell nur nach dessen Feststellung durch den Eid.

3) Jurare in infinitum licet nach *Dig. c. l. t. et L. §. 2.* In andern Fällen findet nur der Eid auf eine so hohe Summe als wahrscheinlich gemacht worden ist, statt, auch tritt die richterliche Ermäßigung ein. Nach dem neueren Recht ist jedoch dieß geändert und auch für die Fälle des eigentlichen juramenti in litem die richterliche Moderation zu-

gelassen worden. Sed an judex (heißt es a. a. O. im Verfolge) modum jurijurando statuere possit, ut intra certam quantitatem juretur, ne arrepta occasione in immensum juretur, quaero? Et quidem in arbitrio esse judicis deferre jusjurandum nec ne, constat. An igitur qui possit jusjurandum non *f*) deferre, idem possit et taxationem jurijurando adjicere quaeritur. Arbitrio tamen bonae fidei judicis etiam hoc congruit. Es ist klar, daß hier von einem neueren, wahrscheinlich durch die interpretatio prudentum entstandenen Rechte die Rede ist. Man schloß so: An sich kann freylich der Kläger in infinitum schwören, und kann der Richter den einmal auferlegten Eid nicht beschränken. Da die Eidesauflage aber hier ganz von dem Richter abhängt, und er auch, wenn er will, den Eid ganz weglassen, und nach seinem Arbitrium entscheiden kann, so muß er auch berechtigt seyn, bey der Eidesauflage Beschränkungen in Hinsicht auf die zu beschwörende Summe hinzuzufügen. Die richterliche Befugniß zur Beschränkung versteht sich also allemal von dem Fall, wo der Eid noch nicht ohne diese Beschränkung zugleich mit ausgesprochen erkannt war. Hat der Richter geradezu auf juramentum in litem erkannt, daß nämlich der Werth geleistet werden soll, den der Kläger eidlich erhärten würde, so hat es dabey sein Bewenden, und findet hinterher keine Beschränkung statt. Auch ist er nun schuldig, das, was beschworen worden, zuzuerkennen. Doch heißt es §. 3. Item videndum an possit judex, qui detulit jusjurandum non sequi id, sed vel prorsus absolvere vel etiam minoris condemnare quam juratum est? Et magis est ut *ex magna causa* et *postea repertis probationibus* possit. Klar ist

f) Die Lesart der Florentina ist hier unbedenklich der der meisten vulgatae vorzuziehen.

ist es, wie weit sich die Prinzipien der Billigkeit hier immer mehr gegen die Strenge des alten Rechts entwickelten. Gewiß mußte es ehedem bey dem, was beschworen war, schlechterdings sein Bewenden behalten: durch den Eid sollte ja die Forderung bewiesen werden, und war nun durch ihn bewiesen worden. So wenig der Richter contra acta et probata erkennen darf, so wenig durfte er auch hier gegen den geleisteten Eid erkennen. Indeß ging man späterhin von diesen Grundsätzen ab, und ließ auch eine willkührliche Bestimmung des zu leistenden gegen den Inhalt des Eides zu, jedoch nur in zwey Fällen: ex magna causa und postea repertis probationibus. Daß die magna causa von den postea repertis probationibus abgesondert da steht, ist wohl klar: es frägt sich also, was darunter zu verstehen? War es dem Kläger erlaubt in infinitum zu schwören, so scheint es, als wenn nicht hinterher gefragt werden konnte, ob er auch zu hoch geschworen. Indeß wird dieser Schein schon dadurch widerlegt, daß ja die über den wahren Werth der Sache aufgefundenen Beweismittel den Eid rückgängig machen können. Da die magna causa den Beweisen entgegengesetzt wird, so könnte man einen sehr hohen Grad der Wahrscheinlichkeit, daß zu hoch geschworen worden, darunter verstehen. Allein man thut wohl am besten, zugleich politische Gründe mit ins Spiel treten zu lassen, und auch darunter den Fall zu begreifen, wo derjenige, gegen welchen geschworen worden, durch die Bezahlung der Summe nach dem Inhalt des Eides ganz würde zu Grunde gerichtet werden g).

g) Da dem richterlichen Ermessen so viel eingeräumt worden ist, so sieht man wohl ein, daß das juramentum in litem, sowohl in seiner Auferlegung als in seinen Folgen und Wirkungen sich ganz in den Händen des Richters befindet, und alles von ihm allein, nichts dagegen oder doch nur sehr wenig von der Parthey abhängt. Das Anerbieten zu dem jura-

Die Rigeur, welche mit dem juramento in litem im engern Sinne verbunden ist, erlaubt nicht, ihn auch propter culpam zu gestatten, obleich sonst dolus und culpa lata in Civilsachen in ihren Folgen und Wirkungen meist gleich gestellt sind h). Uebrigens ist es gleichgültig, ob die Sache

---

mento in litem kann allerdings geschehen, aber die Parthey hat kein Recht zu verlangen dazu gelassen zu werden, wenn der Richter nicht will. Daß diese Ansicht den gewöhnlichen Grundsätzen über das juramentum in litem zuwider ist, dafür kann ich nicht, da die deutlichsten Gesetze für die meinige sprechen.

h) Das Gegentheil behauptet zwar Wessenberg *l. c.* §. 7. auf den Grund von *Cod. V*, 53, *c.* 2, wo zwar allerdings der culpa lata mit gedacht wird, allein die bestimmten Texte der Pandecten müssen hier entscheiden. Bestimmt heißt es *Dig. c. l. et t. L.* 4, §. 4. Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum, constat, sed aestimationem a judice faciendam. Eben dieser Grundsatz wird im *leg.* 5. wiederholt: wo Marcian sagt: „Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat." Nun ließe sich wohl einwenden, wenn hier dolus und culpa einander entgegengesetzt werde, so könne das „culpa" nur von der culpa levis und levissima verstanden werden, indem die Constitution im Codex ausdrücklich für den Fall der Zulässigkeit des juramenti in litem die culpa lata dem dolus gleichstelle, und hierin der Regel treu bleibe, daß dolus und culpa lata in Civilfällen immer einander gleich zu achten wären. — Allein schon einmal muß die Regel: culpa lata dolo aequiparatur da eine Ausnahme leiden, wo es sich um Bestrafung des dolus handelt, was hier der Fall ist. Es folgt daraus von selbst, daß wo das Gesetz unter solchen Verhältnissen die culpa dem dolus entgegengesetzt, jeder Grad der Fahrlässigkeit also auch die culpa lata gemeint ist. Zweytens wird bestimmt in den angeführten Pandectenfragmenten der dolus von der culpa so geschieden, daß man vernünftiger Weise nicht umhin kann, unter culpa hier die gesammte Fahrlässigkeit zu begreifen. Daß in der Constitution des Codex die culpa lata mit als zum juramento in litem berechtigend aufgeführt wird, thut um so weniger etwas zur Sache, als solches bloß beyläufig geschieht, und wir wissen, von welchen Händen solche Constitutionen aufgesetzt wurden. Etwas Anderes würde es seyn, wenn die Constitution auf einen bestimmten Fall, wo es sich um die Frage

wirklich gefordert oder nur hinsichtlich derselben ad exhibendum geklagt worden ist.

§. 204.

Das juramentum in litem im engern Sinn kann nicht in allen Fällen geschworen werden, wo dolus oder contumacia vorhanden ist. Wo es nicht geschworen werden kann, da muß sich der Richter durch eigene Bestimmung des Werths alsdann eben so helfen, als in Fällen, wo die nothwendigen Bedingungen desselben, dolus und culpa wegfallen.

Die Hauptstelle ist hier *Dig. c. l. et t. L. 5.* In actionibus *in rem* et *ad exhibendum*, et in *bonae fidei judiciis* in litem juratur. — §. 4. Plane *interdum* et in *actione stricti judicii* in litem jurandum est: veluti si promissor moram Stichi fecerit, et Stichus decesserit: quia judex aestimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quae non extat." Das juramentum in litem im engern Sinne soll nur geschworen werden können bey Realklagen, bey actionibus ad exhibendum und in bonae fidei judiciis. Aus dem Gegensatze der actiones stricti juris in dem §. 4. sieht man, daß die bonae fidei judicia hier alle Klagen in sich begreifen, wo Forderungen nicht ex stipulatione und scriptura — der bekannten strengen Römischen Form — geltend gemacht werden [i]). Realklagen berechtigen unter der Voraussetzung,

---

handelt, ob hier culpa lata dem dolus gleich zu achten, ginge, und nun bejahend entschiede.

i) Und zwar ohne Unterschied. Ich begreife daher auch nicht, wie Westenberg c. l. §. 11. eine Ausnahme für die actio emti annehmen, und sich dabey auf *Cod. IV*, 49, c. 4. berufen kann, welche Stelle nichts weiter sagt, als wenn die Uebergabe der verkauften Sache procacia venditoris nicht erfolgt sey, der Präses der Provinz nach seinem Ermessen bestimmen solle quanti intersit compleri emtionem. Damit wird ja aber dem Präses keineswegs die Befugniß entzogen, auch durch Auferlegung

daß die nothwendigen Bedingungen des juramenti in litem vorhanden sind, ohne Unterschied zum Schwur k), eben so die Personalklagen auf eine Forderung, sobald solche nur nicht von der strengen Römischen Form begleitet wird l).

des juramenti in litem von dem Kläger das Interesse bestimmen zu lassen; eine Befugniß, die ihm für den Fall durchweg eingeräumt ist. Daß in dem Rescript bloß der einen Befugniß gedacht wird, dieß schließt die andere noch nicht aus: die Anfrage war ohne Zweifel über die Frage, wie es mit der Liquidation und Bescheinigung des Interesse zu halten. Wäre sie dahin gegangen ob das juramentum in litem überall statthaft sey, und erhellte dieß nur durch irgend eine Indication in dem Rescript, so ließe sich die Westenbergische Behauptung wohl rechtfertigen, aber so müssen wir annehmen, daß sich der Prätor hier ganz in der Ordnung nahm, und die richterliche Befugniß zu beschränken im Mindesten nicht zur Absicht hatte.

k) Man kann auch hier nicht, wie Einige thun, unterscheiden, ob ad dandum oder ob ad restituendum geklagt wird, und nur für den letztern Fall das juramentum in litem für zulässig erklären. Daß in mehreren Stellen der Pandecten bloß des „restituere" gedacht wird, und nicht auch des „dare" ist etwas sehr Zufälliges. *Dig. l. et t. c. L. 2. pr.* heißt es ja ganz allgemein: Sive nostrum quid petamus sive ad exhibendum agatur. In dem „nostrum quid petamus" ist das restituere sowohl als das dare enthalten.

l) Eine Ausnahme enthält *Dig. lib. et tit. c. L. 3.* „Nummis depositis judicem non oportet in litem jusjurandum deferre, ut juret quis, quod sua interfuit: cum certa sit nummorum aestimatio: nisi forte de eo quis juret, quod sua interfuit, nummos sibi sua die redditos esse etc." Diese Ausnahme ist aber, wie man klar sieht, nicht bloß eine Ausnahme für das depositum, sondern eine allgemeine Ausnahme für Geldforderungen: der Jurist wendet nur die Regel auf das depositum an. Sobald der Gegenstand der actio nämlich baares Geld ist, so kann nicht die Rede von der Verwandelung des Rechts auf die Sache in das Recht auf den Werth propter dolum und contumaciam des Gegners seyn, weil hier schon die Forderung durch sich selbst bestimmt ist. Es kann nur gefragt werden, was leidet der Kläger dadurch, daß die Forderung nicht zur gehörigen Zeit abgetragen wurde, und über diese Frage kann ja juramentum in litem in der weitern Bedeutung den Ausschlag geben.

Man hat sich nur nicht an die eigenthümliche Darstellung zu kehren, sondern zu untersuchen, was darin liegt. Demnächst soll auch noch bey der actio ad exhibendum das juramentum in litem statt finden. Aber auch in den judiciis stricti juris soll das juramentum in litem nicht ganz ausgeschlossen seyn: es soll nur in so fern nicht statt finden, als es sich um den Gegenstand der Leistung selbst handelt, weil hier nach der Natur der judicia stricti juris doch nichts anders gefordert werden kann, als was förmlich versprochen worden ist, und wenn auch dolus und contumacia des Gegners concurrirt: tritt hingegen der Fall ein, daß der Werth gefordert werden kann, weil die Leistung der Sache selbst nicht mehr möglich ist, so kann allerdings auch unter der Voraussetzung, daß die nothwendigen Bedingungen dieses Eides vorhanden sind, in litem geschworen werden. Der §. 4. des Gesetzes ist viel wichtiger als er Anfangs zu seyn scheint. Wir lernen daraus, daß nach den Grundsätzen der Römer bey Realklagen, bey der actio ad exhibendum und bey den Personalklagen, die actiones bonae fidei sind, sich, sobald mora oder contumacia auf Seiten des Beklagten vorhanden sind, das Recht des Klägers auf die Sache selbst in ein Recht auf den Werth und auf das Interesse auflöst, und zur Bescheinigung desselben jetzt von dem Richter das juramentum in litem auferlegt werden kann. Die Umwandelung des Rechts erscheint hiernach als eine bloße Poen der mora und contumacia des andern, indem der Kläger verlangen kann, daß entweder der Richter den Werth oder das Interesse selbst bestimme, oder ihm die Bestimmung durch das juramentum in litem überlasse. Auf diese Alternative kann er, vermöge der geschehenen Umwandelung bestehen: auf das juramentum in litem unbedingt anzutragen, ist er übrigens nicht befugt. Bey actionibus stricti juris ist die Umwandelung auch bey allem dolus und aller contumacia nicht zulässig, so lange die Sache

welche gefordert wird, noch existirt, oder noch geleistet werden kann, weil sie dem Wesen der actio stricti juris widersprechen würde: daher hier das juramentum in litem nur statt findet, wenn die Umwandelung sich natürlich und nothwendig macht. Hier ist nun gerade der Ort, den Unterschied zwischen dem juramentum in litem in der weiteren und in der engeren Bedeutung scharf zu entwickeln.

Sobald es sich nämlich aus natürlichen Gründen, weil die Sache selbst, die man zu fordern berechtigt ist, nicht mehr vorhanden ist, auch der Werth derselben sich nicht genau ausmitteln läßt, um die Bestimmung des Werths, den man jetzt anzusprechen berechtigt ist, oder um den Betrag eines erlittenen Schadens handelt, den man auch nicht genau zu liquidiren im Stande ist, ist es Schuldigkeit des Richters das zu leistende zu bestimmen, und bleibt es ihm überlassen, entweder nach seiner Ansicht die Entscheidung abzugeben, oder nach der von dem Kläger anzugebenden und durch einen Eid zu bestårkenden Ansicht. Wir haben hier das juramentum in litem in der weiteren Bedeutung, bey welchem nichts darauf ankommt, ob auf Seiten des Verklagten dolus oder culpa vorhanden war, sondern allein darauf, daß der Kläger was er fordert, zu fordern berechtigt ist. Im Grunde genommen ist das juramentum in litem hier weiter nichts als der gewöhnliche von dem Richter aufzuerlegende Eid, wenn sich in einem Rechtsstreite nicht anders aus der Sache kommen läßt, oder die abzugebende Entscheidung den Eid fordert. Das juramentum in litem im engern Sinn dagegen setzt voraus: 1) daß eine Realklage eine actio ad exhibendum oder eine Personalklage, die bonae fidei ist, angestellt wird. 2) Daß dolus oder contumacia des Gegners den Effect derselben hindert, aus welcher Hinderung nun 3) das Recht an der Sache in ein Recht auf deren Werth, oder das Interesse umgewandelt wird, und jetzt 4) zur Be-

strafung des dolus oder der contumacia der Richter den geforderten Werth oder das geforderte Intereresse willkührlich ohne die sonst nöthigen Umstände bestimmen oder durch den Eid erhärten lassen kann m). Wenn Marcian das juramentum in litem in der engern Bedeutung bey den action. str. jur. verwirft, so ist das ganz im Geiste der herkömmlichen Theorie. Wenn er dasselbe aber Ausnahmsweise für den Fall zuläßt, wo die Sache selbst gar nicht mehr geleistet werden kann, sondern es bloß deren Werth gilt, so confundirt er offenbar das juramentum in litem in der weitern und in der engern Bedeutung mit einander. Denn hier ist der ganz gewöhnliche Fall des juramentum in litem vorhanden, man wollte denn annehmen, daß wegen des dolus der Parthey ohne alle weitere Umstände vom Richter entweder der zu leistende Werth selbst bestimmt oder nach vorgängiger eidlicher Erhärtung des Klägers zuerkannt werden könne.

Der von mir angegebene Unterschied zwischen juramentum in litem in der weitern und in der engern Bedeutung liegt ganz klar in den Worten des Paulus *Dig. c. l. et tit. L. 2. §. 1.* „Interdum, quod intersit agentis solum aestimatur: veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur: cum vero dolus aut contumacia non restituentis vel non exhibentis, quanti in litem juraverit actor.“ Man hat nur zu bedenken, daß der Jurist hier Manches im

m) Die von mir vorgetragene Theorie beruht also auf einer gesetzlichen oder nothwendigen Umwandelung der obligatio und des jus für den Fall, daß dolus und contumacia eingetreten sind. Wir finden im Römischen Recht mehrere Fälle solcher Umwandelungen, und darf daher die Sache um so weniger auffallen. Indeß gebe ich meine Darstellung gern auf, sobald mir jemand nachweist, wie der Titel der Pandecten de juramento in litem anders zu erklären. Daß die bisherigen Erklärungen dem Geiste des Römischen Rechts durchaus zuwider sind, läßt sich ohne alle Schwierigkeit darthun.

Sinn behält, worüber man sich in unsern Tagen breiter ausdrücken würde.

§. 205.

Für die Frage, ob der geschworne Eid, und unter welchen Bedingungen derselbe so angefochten werden könne, daß retractatio causae statt findet, bleibt *Dig. XII, 2, L. 31.* „Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit: sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, cum a judice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juraverit. Quod si alias inter ipsos jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare" die Hauptstelle. Für das juramentum in litem ist besonders *Dig. XII, 3, L. 11.* „De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quaeri facile non solere zu merken. Es wird allgemein unterschieden, an jurejurando *transactum* sit, und an sit *decisum*. Im ersten Fall soll der Eid nicht so angefochten werden können, daß eine retractatio causae statt finde: an sich mag er immer angefochten und die Meineidigkeit nachgewiesen werden können zum Behuf der Bestrafung, aber für die Sache, welche durch den Eid verglichen worden ist, hat das keine weitere Folge. Sehr natürlich: denn bloß der Eid war die Transactsbedingung, nicht die Wahrheit und Aufrichtigkeit des Eides: diese mußte vielmehr ganz dem Schwörenden zugetrauet werden. Ist also die Transactbedingung — als reines Factum — in dem Schwören erfüllt worden, so genießt derjenige, welcher geschworen hat, für die Folge unbedingt die Ausflucht des Transacts, wenn die andere Parthey, die durch den Transact beendigte Sache

wieder aufnehmen will. Findet sogar propter perjurium keine retractatio causae statt, so kann sie noch viel weniger aus andern Gründen statt finden. — Aber eine andere Frage ist, ob, wenn nachgewiesen ist, daß falsch geschworen worden, nicht ein Antrag auf Schadensersatz statt finde. Man kann nicht so schließen, weil retractatio causae propter perjurium untersagt worden, so sey auch zugleich die Entschädigungsklage verworfen worden. Daß retractatio causae nicht statt findet, daran ist der Transact Schuld: der Entschädigungsklage steht aber der Transact nicht entgegen. Es wird daher darauf ankommen, ob vorsätzlich oder aus Unwissenheit falsch geschworen worden. Im ersten Fall würde die Zulässigkeit der Entschädigungsklage keinem Zweifel unterworfen seyn; im letztern giebt es keinen Grund für dieselbe. — Daß übrigens die hier vorgetragene Theorie sowohl für den Fall gilt, wo außergerichtlich durch den Eid die Sache verglichen ist, als wo die Vergleichung gerichtlich geschehen ist, braucht nicht erst bemerkt zu werden. Denn die Gesetze sprechen generell, und es ist kein Grund vorhanden, hier noch einen Unterschied zu machen.

Im zweyten oben gedachten Fall, nämlich „si juramento sit *decisum*, kann retractatio causae statt finden 1) unbedingt, wenn falsch geschworen und solches nachgewiesen worden ist n). Des perjurii wird gar nicht einmal in dem Gesetze erwähnt, sondern die Sache als sich von selbst verstehend vorausgesetzt. Der Eid erscheint hier als Beweismittel, auf dessen Grund der Richter erkennt. So wie ein jedes rechtskräftiges Urtel, das auf den Grund falscher Beweismittel abgegeben worden ist, angefochten, und aufgehoben werden kann, eben so muß auch ein auf einen falschen Schwur gebauetes Urtel angefochten und aufgehoben werden

n) Den Beweis für diese Behauptung siehe weiter unten.

können. Aus andern Gründen findet keine retractatio causae unbedingt statt. Aber 2) bedingt ist sie erlaubt auf den Grund neu aufgefundener Documente, zwar nicht nach dem ältern Recht, jedoch ex constitutionibus principum, wenn nämlich der Richter in Ermangelung anderer Beweismittel sich genöthigt gesehen hat, die Sache durch Auferlegung eines Eides zu entscheiden. War also der Eid ein von der Parthey deferirter, so hat keine retractatio causae statt. Es wird nöthig seyn, das Gesetz noch näher zu beleuchten.

Die Stelle ist aus Cajus lib. 30 ad edict. provinc. und enthält eine Erklärung der kaiserlichen Constitutionen, deren Inhalt uns übrigens selbst nicht gegeben wird. Die Constitutionen, wovon hier die Rede ist, fehlen im Justinianischen Codex, wenigstens finde ich keine, die ich aus Gründen hieher ziehen könnte. Man sieht klar, daß die Constitutionen generell sprechen, und daß sie keinen Unterschied zwischen einem vom Richter auferlegten oder von der Parthey zugeschobenen Eide machten. Die Imperatoren gingen unbezweifelt von den Grundsätzen aus, welche hinsichtlich rechtskräftig entschiedener Sachen statt finden. Ein rechtskräftiges Urtel kann unter dem Vorwand neu aufgefundener Documente eigentlich nicht angefochten werden, es gehe denn aus diesen Documenten selbst hervor, daß sie auf den Grund falscher Urkunden und Gezeugnisse abgegeben worden o). Findet also jemand Urkunden auf, aus welchen erhellt, daß das, was sein Gegner beschworen hat, falsch ist, so tritt der Fall ein, wo das auf den Grund eines solchen Schwurs abgegebene, und rechtskräftig gewordene Urtel angefochten und umgestoßen werden kann. Von diesem Grundsatz gingen die Imperatoren aus. Sie setzten voraus, daß aus den neuaufgefundenen Documenten gerade das Gegentheil von dem her-

---

o) *Dig. XLII, 1, L. 33. Cod. VII, 58, const. 2.*

vorginge, was die Parthey beschworen hatte, z. B. es handelte sich um eine von dem Erblasser gemachte Anleihe, die der Erbe einklagte, der Verklagte aber abläugnete und auch abschwur. Jetzt wurde unter den Papieren des Verstorbenen ein Schuldschein gefunden, den der Verklagte ausgestellt zu haben nicht läugnen konnte, und aus dem gleichfalls der Empfang des Geldes seiner Seits ohne alle Einwendung hervorging. Was Cajus hinein erklärt, ist ohne allen Grund. Er ging von dem Prinzip aus, daß dem Richter in Ermangelung aller Beweise nichts übrig bleibe als zum Eide zu greifen, und daß daher für solchen Fall es sich wohl entschuldigen lasse, wenn man die retractionem causae auf den Grund neu aufgefundener Documente gestatten wolle. Diese Ansicht ist aber eine ganz falsche, und harmonirt mit den allenthalben ausgesprochenen Grundsätzen vom Eide nicht. Die Ansicht des Cajus, obgleich sie in die Pandecten-Compilation aufgenommen worden ist, verbindet uns auch um so weniger, als er durch das „sed hae constitutiones tunc videntur locum habere etc. selbst seine Zweifel zu erkennen giebt. Etwas Anderes würde es seyn, wenn es hieße, „tunc locum habent" denn da erschiene klar, daß die Constitutionen so und nicht anders verstanden werden müssen. Die Ansicht des Cajus gehört hier wieder zu den Singularitäten dieses Juristen. Wir nehmen also an, die retractio causae ob instrumenta noviter reperta, habe sowohl bey einem von der Parthey deferirten, als vom Richter auferlegten Eide statt, sobald durch die neu aufgefundenen Urkunden gerade das Gegentheil von dem was beschworen worden, unbestritten ausgemittelt worden ist.

Es frägt sich nun noch, was hat es mit der Stelle für eine Bewandtniß, welche besonders das juramentum in litem betrifft. Das „quaeri facile non solere" kann doch wohl nur von der retractatio causae propter perjurium ver-

standen werden: von der Untersuchung und Bestrafung des Meineides dürfte es um so weniger zu verstehen seyn, als die Römer solche überall nur in so fern kannten, als die weltliche Majestas dadurch war verletzt worden p). Richtig verstanden setzt die Stelle voraus, daß wegen perjurium unbedingt zwar retractatio causae bey dem von der Parthey deferirten oder vom Richter auferlegten Eide statt finde, und der Jurist will weiter nichts sagen, als beym juramento in litem lasse sich nicht leicht über perjurium sprechen. Sehr natürlich, denn der Kläger ist nach den Gesetzen selbst berechtigt, in infinitum zu schwören: mag er also auch noch so hoch und weit über den wahren Werth hinaus geschworen haben, so läßt sich immer kein Perjurium annehmen. Es ist sehr natürlich hier bloß von dem juramentum in litem in der engern Bedeutung die Rede. Darnach scheint es nun, als könne hier überall Perjurium nicht gerügt werden: aber in dem „quaeri facile non solere" liegt doch nun wieder der Grund für die Annahme einer Möglichkeit, daß auch hier ex causa perjurii retractatio causae statt finden könne. Höchst wahrscheinlich (mit Gewißheit läßt sich über die Sache nichts behaupten) wollte der Jurist sagen: obgleich dem Kläger erlaubt ist, sich so viel zuzuschwören als er vermag, so ist doch damit nicht gesagt, daß er sich so viel zuschwören kann, als er will, und wenn sich daher hinterher findet, daß er übertrieben hat, und sich nur bloß durch den Eid bereichern wollen, so kann allerdings aus diesem Grunde, weil der Meineid klar am Tage liegt, retractatio causae statt fin-

p) *Cod. IV*, 1, *c*. 2. Die göttliche Majestät mag nach diesem Gesetz selbst strafen oder zu strafen wissen, aber wenn die weltliche beleidigt worden ist, z. B. es ist per principem geschworen worden, so ist das eine Sache, die zur Untersuchung und Bestrafung der Obrigkeit gehört, indeß doch auch nur alsdann, wenn ein frivoles Falschschwören geschehen ist.

den. Bey dem juramentum in litem in der weiteren Bedeutung müssen diese Grundsätze um so eher Anwendung finden, als selbst dolus und contumacia sie nicht einmal ausschließen.

Der bisher entwickelten Theorie scheint zum Theil ein Gesetz im Codex entgegen zu stehen, das erst hier zur Sprache gebracht werden kann. Es ist nämlich oben behauptet worden, daß beym von der Parthey deferirten sowohl, als vom Richter auferlegten Eide, die retractatio causae unbedingt wegen des erwiesenen Meineides geschehen könne. Nun aber heißt es *Cod. X, 1, const. 1.* Causa jurejurando ex consensu utriusque partis, vel adversario inferente, delato et praestito, vel remisso decisa nec perjurii praetextu retractari potest: nisi specialiter hoc lege excipiatur. Das „lege excipiatur" erklärt bekanntlich schon Baldus richtig von „casibus legibus specialiter exceptis" es hat aber auch nicht an Juristen gefehlt, welche es von vertragsmäßiger Ausnahme verstanden wissen wollen, woran sich hier vernünftiger Weise gar nicht denken läßt. Nehmen wir das Gesetz wörtlich, so widerspricht es den deutlich in der Pandecten-Compilation und selbst in mehreren Stellen des Codex ausgesprochenen Prinzipien, nach welchen, wenn der Eid als bloßes Beweismittel erscheint, davon schlechthin gilt, was von Beweismitteln generell angenommen worden ist: wonach also, wenn er sich als Meineid darstellt, die retractatio causae propter perjurium eben so statt finden muß, als wenn eine Entscheidung auf den Grund von falschen Documenten und Gezeugnissen abgegeben worden ist. Selbst bey der oben ausgeschriebenen und behandelten Stelle über das juramentum in litem liegen ja diese Prinzipien zum Grunde, und würde sich solche ohne sie gar nicht erklären lassen. In dem Gesetz des Codex (solches wörtlich verstanden) ist nun aber gerade das Gegentheil ausgesprochen worden: Darnach er-

scheint ein jeder Eid gleichsam als Transactsbedingung selbst auch da, wo an keinen Transact zu denken ist, oder vielmehr als etwas was schlechterdings bindet. Und welches würden denn nun die casus lege excepti seyn: sie existiren nirgends. Es ist klar, daß der Concipient des Gesetzes den Fall „si jurejurando transactum sit" zur Regel gemacht und den Fall „si juramento decisum sit" darnach gleichfalls beurtheilt hat, wobey es ihm in seiner Unwissenheit doch beyfiel, daß hier die Sache wegen Perjurium wieder aufgenommen werden könne, woher die casus lege excepti kommen. Das jus rescriptorum strotzt bekanntlich von solchen Unwissenheiten und ist daher schwer mit der reinen Rechtstheorie zu vereinigen. — Dem Sinne nach dürfte sich indeß das Gesetz auch so verstehen lassen, daß nicht auf den Grund des erwiesenen Meineides allein die retractatio causae statt finde, sondern nur für den Fall, wenn so das Urtel als auf den Grund falscher Urkunden abgegeben erscheinen sollte, und daß dahin die gesetzlichen Ausnahmen gehörten.

Wir haben uns indeß wenig darum zu kümmern, wie die Stelle zu verstehen sey, da Justinian in der Decision *Cod. c. l. et t. const. 13.* gerade die Sache so entschieden hat, als sie oben vorgestellt worden, nämlich daß von jedem von der Parthey deferirten oder vom Richter auferlegten Eide die retractatio causae wegen überwiesenen Meineides statt finden, und der, welcher das Perjurium geleistet hat, aus demselben keine Vortheile erhalten solle q). Nur hat man sich zu

q) Die Entscheidung lautet so: „Cum quis legatum vel fideicommissum, utpote sibi relictum exigeret, et testamento forte non apparente, pro eo sacramentum ei ab herede delatum esset, et is religionem suam praestasset, affirmans sibi legatum vel fideicommissum derelictum esse, et ex hujusmodi testamento id quod petebat consecutus esset

hüten diese Entscheidung auch auf den Fall auszudehnen, wo durch den Eid nur eine Sache verglichen, nicht auch ent-

---

postea autem manifestum esset factum, nihil ei penitus fuisse derelictum: apud antiquos quaerebatur, utrum jurejurando standum esset, an restituere deberet, quod accepisset: vel si re vera ei derelictum fuisset legatum vel fideicommissum, an daremus licentiam heredi falcidiam si competat ex hoc retinere? Nobis itaque melius visum est, repeti ab eo legatum, vel fidecommissum, *nullumque ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere:* sed si verum fuerit inventum, quartae detentionem introduci, si tamen locum habeat, *ne cui ex delicto impium sibi lucrum afferre nostris legibus concedatur.*" Man könnte einwenden, die Entscheidung rede bloß von dem singulären Falle der Eidesdelation in Streitigkeiten über aus einem letzten Willen zuständige Legate und Fideicommisse, und müsse um so mehr darauf beschränkt werden, als Justinian hier einen jure vetere streitigen Punct entscheide. allein es kommt hier nicht auf die Entscheidung der Controvers allein, sondern auf die Gründe an, aus welchen solche geschieht. Wir sehen aus der Constitution selbst, daß die Frage, ob retractatio causae propter perjurium bey dem vom Richter auferlegten und dem von der Parthey deferirten Eide, statt finde, zu den streitigen gehörte: wir können wohl annehmen, daß ein großer Theil der Juristen für die verneinende Meinung stimmte, und daß daher in der Pandecten-Compilation mit Hinsicht auf die vorhabende Entscheidung Justinians nur die ihnen beyfälligen Stellen der Classiker aufgenommen wurden. Der Grund, aus welchem Justinian entscheidet „nullumque ex hujusmodi perjurio lucrum ei accedere" ist nun wohl von den Gründen der alten Juristen, die mit ihm gleicher Meinung waren verschieden, denn diese stimmten für die retractatio causae propter perjurium aus dem ächt juristischen Grunde, weil auf den Grund falscher Urkunden und Zeugnisse abgegebene Sentenzen keine Kraft und Wirkung haben könnten; indeß thut diese Verschiedenheit der Gründe nichts zur Sache, es kommt allein darauf an, was aus den gebrauchten Gründen folgt. Justinian spricht zwar nur von dem juramentum a parte delatum, allein es ist kein Grund vorhanden, das von ihm Bestimmte beym vom Richter auferlegten Eide auszuschließen.

Man könnte noch einwenden, die Entscheidung Justinians beziehe sich nicht sowohl auf den überwiesenen Meineid im Allgemeinen, als vielmehr auf den Fall, wo der Meineid durch hin-

schieden worden, weil für denselben das alte Recht beybehalten worden ist r).

---

terher aufgefundene Urkunden dargethan worden, und gelte daher bloß von instrumentis noviter repertis. Allein es wird ja eine Urkunde, das Testament vorausgesetzt, es ist nur nicht gleich bey der Hand, und man will daher die Sache durch den Eid abkürzen. Aber auch selbst, wenn man diese Erklärung gelten lassen will, bleibt immer die Sache dieselbe, wegen der gebrauchten Entscheidungsgründe.

Es ist daher nicht zu begreifen, wie angesehene Rechtslehrer, z. B. Westenberg *ad tit. Pand.* de jurejur. § 57. unter Berufung auf die oben citirte *L.* 16. noch immer lehren können, es sey nach geleistetem Eide nicht mehr die Frage über die retractatio causae propter perjurium u. s. f.

r) Die letzten Worte der Justinianischen Constitution „ne cui ex delicto etc. sprechen zwar allerdings für die Ausdehnung. Indeß ist doch zu bedenken, daß Justinian über den Fall si juramento transactum sit gar nicht entscheidet.

XXXII.

XXXII.

Justinians generelle Constitution über den Eid, in so fern derselbe als ein von der Parthey deferirter oder vom Richter auferlegter erscheint. §. 206. — Reflexionen zur Beförderung einer richtigeren Theorie über die Aufforderung zum Schwur rc. §. 207 folg.

§. 206.

Wir besitzen eine generelle Constitution von Justinian über den Eid, in so fern derselbe als ein von der Parthey deferirter oder vom Richter auferlegter erscheint, in welcher der Imperator zwar sagt, daß er nichts an dem Bestehenden eigentlich abändern, sondern nur das Mangelhafte habe ergänzen wollen, die aber doch, genau die Sache genommen, allerdings wichtige Abänderungen in dem bisher gegebenen Recht enthält. Es ist *Cod. IV, 1, const. 12*, die wir hier nach der uns am richtigsten scheinenden Lesart zuvor hersetzen wollen.

Generaliter (heißt es) de omnibus juramentis, quae in litibus offeruntur, vel a judice vel a partibus, definiendum est. Cum enim jam increbuit, judices in plenissima definitione juramentum imponere: evenit, ut provocatione lite suspensa hi quidem, qui jusjurandum praestare jussi sunt, ab hac forte luce subtrahantur, probationes autem eorum cadant: cum multum discrepet juramentum hereditarium a principali sacramento. Necessitate itaque rerum coacti, et probationibus pinguius subvenientes ad hujusmodi venimus sanctionem. Omne igitur juramentum, sive a judicibus, sive a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia sub ipso judice detur, non expectata vel ultima definitione, vel provocationis formidine. §. 1. Sed juramento illato, cum hoc a partibus factum fuerit et a judice approbatum, vel ex auctoritate judicis cuicunque parti illatum: si quidem is cui imponitur sacramentum, nihil ad hoc fuerit reluctatus:

hoc praestetur vel referatur, necessitate ei imponenda, cui refertur relationis sacramentum subire: vel si hoc recusaverit quasi illato sacramento praestito, causa vel capitulum decidatur, nullo loco provocationi relinquendo. Quis enim ferendus est ad appellationis veniens auxilium in his, quae ipse facienda procuravit. §. 2. Sin autem is, cui sacramentum est illatum vel a parte, vel a judice, hoc subire minime voluerit, licentiam quidem habeat sacramentum recusare: judex autem si hoc omnimodo praestandum existimaverit, sic causam dirimat, quasi volente eo sacramentum sit recusatum, et ita caetera sive capitula sive totius negotii summa examinentur, et lis suo marte percurrat, nullo ei obstaculo obviante. Ipse autem qui sacramentum sibi illatum dare recusaverit, vel hoc attestetur, vel si forte non audeat, habeat sibi in ultima provocatione repositum auxilium, et si judex appellationi praesidens, bene quidem illatum jusjurandum, non rite autem recusatum sacramentum pronuntiaverit, tunc ei licebit emendare sententiam judicis, quae quasi ex recusato sacramento processit, et nihil penitus nec praejudicii nec injusti dispendii cuicunque incurret; sed et causae cursus ab initio usque ad novissimum terminum non impedietur, et lis aequa lance trutinabitur. §. 3. Sive autem illatum juramentum praestitum fuerit, sive recusatum, ipsi parti quae hoc intulit, nullum provocationis remedium in hoc observabitur: cum nimis crudele est, parti quae hoc detulit, propter hoc ipsum, quod judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem. §. 4. His de praesentibus personis statutis, nec absentes nos fugiunt, sed eos etiam huic legi subjugamus; et si persona non praesens inveniatur, cui sacramentum illatum est, lite forte per procuratorem ventilata, necesse est, vel ipsam principalem personam datis certis induciis ad judicem venire, ut ea quae de sacramentis statuta sunt impleat: vel si

judex existimaverit in provincia ubi degit sub actorum testificatione juramentum ab ea vel dari, vel referri, vel recusari, hoc procedere: ut singulis casibus eventus jam definitus imponatur: licentia data etiam parti alteri vel per se vel per procuratorem super hoc ipsum ordinatum, adesse his quae juramento aguntur: vel si neutrum facere maluerit, ex una parte, sub fide tamen gestorum, juramentum praestari, vel referri, vel recusari: expensis propter hujusmodi causam praestandis et officio judicis trutinandis, an ab utraque parte, an ab altera oporteat eas dependi: nullo tamen ex hoc litibus inpedimento generando, sed donec ea procedunt, aliis vel capitulis vel litis membris a judice examinandis, et postquam fuerint ei intimata gesta super juramento subsecuta, tunc iterum ad hoc capitulum judice redeunte et eo adimpleto ad cetera perveniente, omnibus aliis quae de praesentibus sancita sunt et in absentium parte observandis. §. 5. In omnibus autem casibus in quibus sacramenta praestantur, observationem judicialem permanere censemus, secundum personarum qualitatem, sive sub ipso judice praestari oportet juramentum, sive in domibus, sive sacris scripturis tactis, sive in sacrosanctis oratoriis etc. etc. etc.

Man sieht beym ersten Anblick, daß es in dieser Constitution ganz darauf angelegt ist, gegen die Rigeur des ältern Rechts diejenigen in Schuß zu nehmen, welchen in einem Rechtsstreite der Eid entweder von der Parthey oder dem Richter deferirt worden ist. Bloß den Vorwand macht das bisherige Verfahren: in der Regulirung desselben steckt zugleich verborgener Weise das Neue und Begünstigende. Damit man nicht glaube, ich sehe hier zuviel, so will ich mir die genaue Analyse der Constitution angelegen seyn lassen. Zu Eingang derselben erklärt der Imperator, daß er allgemein sowohl über das von der Parthey zugeschobene als

über das vom Richter auferlegte Jurament zu verfügen sich veranlaßt gefunden. Sehr falsch theilt der Concipient der Constitution den Inhalt derselben in de praesentibus und de absentibus geltend ein, denn was de praesentibus gesagt wird, muß auch de absentibus gelten: was de absentibus gilt, betrifft hier ein Verfahren gegen sie, was seiner Natur nach nicht de praesentibus gelten kann. Die Eintheilung ist also etwas ganz Zufälliges, was bey Erklärung der Constitution selbst gar nicht in Betracht gezogen werden muß. Es kommt daher allein auf die Scheidung der mehreren und verschiedenen Capita an, welche die Constitution enthält. Zuerst wird dafür gesorgt, daß derjenige, welcher mit einem Eide beschwert werden kann, nicht die Wohlthat der Eidesleistung (so sieht der Imperator die Sache an) durch den Tod einbüße, weil, wo er de veritate schwören kann, die Erben es nur de credulitate können, überall der Eid der Erben manchen gerechten Ausstellungen unterworfen ist. Diesen Gegenstand, der uns hier nicht weiter interessiren soll, da sich darüber theils aus der Constitution selbst, theils aus bekannten Rechtsprinzipien alles von selbst findet, behandelt die Constitution bis zum §. 2. — Von da nimmt sie einen andern Gegenstand auf, welcher die Hauptsache in der ganzen Constitution ausmacht, und eben den Schutz gegen die Rigeur des ältern Rechts enthält, dessen oben gedacht worden ist. Es ist die Rede von den Folgen und Wirkungen des von dem Richter auferlegten oder von der Parthey deferirten, aber verweigerten Eides zwar nur mit Hinsicht auf das, nunmehr von dem Richter zu beobachtende Verfahren, oder das Prozessualische, worin aber zugleich das Rechtliche steckt. Es wird als bekannter Rechtssatz angenommen und auch als ein solcher bestätiget, daß der, welchem ein Eid, sey es von der Parthey oder dem Richter deferirt worden, denselben entweder abzuschwören oder zurückzuschieben

schuldig sey. Nun heißt es aber in den Pandecten, wie oben gezeigt worden „manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre," wodurch angezeigt wird, daß der Richter denjenigen, welcher weder schwören noch den Eid zurückschieben will, als confessus und convictus betrachten, und in seinem Erkenntnisse als solchen behandeln kann. Die Ausnahmen von der Regel, welche sich in der Natur der Sache finden, sind oben angegeben worden: dort ist auch bemerkt worden, daß es rechtmäßige Ursachen gebe, einen zugeschobenen oder auferlegten Eid zu verweigern, z. B. wenn er nichts zur Entscheidung der Sache beyträgt, oder sonst in der Eideszuschiebung selbst etwas versehen seyn sollte. Auf jeden Fall wurde durch die Dazwischenkunft des Eides das weitere Verfahren in der Sache sistirt, denn wurde der Eid geleistet, so wurde nach demselben erkannt, und wurde er recusirt, so kam es bloß auf die Frage an, ob rechtmäßige Ursachen zur Verweigerung vorhanden waren oder nicht. Im leztern Fall wurde der, welcher den Eid verweigert hatte, pro confesso et convicto genommen, und gegen ihn als solchen erkannt, im ersteren dagegen kam es darauf an, ob der Eid von der Parthey war deferirt oder von dem Richter auferlegt worden. Ueber den von der Parthey deferirten Eid und dessen Zulässigkeit mochte der Richter, vor welchem die Sache bisher war verhandelt worden, wohl erkennen, aber über den von ihm selbst auferlegten Eid, war er nicht zu erkennen befugt, weil er über seine eignen Handlungen sonst würde erkannt haben: die Prüfung und Entscheidung darüber gebührte dem Oberrichter. Andere für den, welcher schwören soll, und günstigere Prinzipien werden hier aufgestellt. Verweigert nämlich derjenige, welchem der Eid zugeschoben oder auferlegt wurde denselben (habe er rechtmäßige Gründe oder keine, ist hier ganz gleichgültig) so soll der Richter die Frage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit

der Verweigerung aussetzen, weiter in der Sache verfahren, solche beendigen, und sich so viel thunlich ist, die nöthigen Aufklärungsmittel verschaffen, gleichsam als wäre überall kein Eid dazwischen gekommen. Findet sich dennoch, daß ohne Eid die Sache nicht entschieden werden kann, so ist der Richter befugt, den zugeschwornen oder auferlegten Eid nach vorheriger Prüfung der Gründe des ihn verweigernden als unrechtmäßig verweigert zu betrachten, und nach den Folgen und Wirkungen des verweigerten Eides zu erkennen, und mag nun in der folgenden Instanz der Oberrichter das Erkenntniß entweder bestätigen oder reformiren. Klar liegt in der Beyseitigung der Frage über den deferirten oder auferlegten Eid die Begünstigung desjenigen, der den Eid verweigerte. Indem sich der Richter bey der Fortsetzung der Sache und ihrer Behandlung so, als wenn gar kein Eid dazwischen gekommen wäre, zu benehmen hat, können ja Thatsachen ausgemittelt werden, die den Eid ganz unnöthig machen: der Richter kann ja finden, daß ohne denselben gar füglich das Erkenntniß abgegeben, oder gar dem Gegentheil der Erfüllungseid auferlegt werden müsse. Dann ist die Frage über die Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit der Eideszuschiebung sowohl umgangen, als im Falle der Rechtmäßigkeit die Annahme des den Eid Verweigernden als confessus und convictus: diese Frage und Annahme kommt nur erst alsdann wieder in Betracht, wenn nichts zur Entscheidung der Sache ohne den Eid Führendes ausgemittelt werden kann. Irre ich nicht, so hatte Justinian dabey den Zweck, die zur Abkürzung der Rechtssachen so häufigen Eideszuschiebungen und Eidesauferlegungen (bey welchen dann sehr natürlich die weitere Erörterung und Untersuchung der Sache selbst wegfällt, und die ganze Verhandlung sich bloß um den Eid dreht), zu hemmen. Seine Verordnung geht also allein auf die Fälle, wo, wenn der Verklagte läugnet, sofort von

dem Kläger der Eid deferirt wird, oder auch der Richter zur Abkürzung der Sache denselben auferlegt, nicht auf die, wo im ordentlichen Wege des zu führenden Beweises der Eid zugeschoben, oder nach beendigter Untersuchung vom Richter auferlegt wird. Mag das Römische Prozeßverfahren auch im Aeußern von dem unsrigen noch so verschieden seyn: im Innern oder im Wesentlichen muß es doch damit ganz zusammenkommen. Man ist also befugt anzunehmen, daß nach Justinians Vorschrift jeder zur Erklärung der Sache deferirte oder auferlegte Eid, wenn er verweigert wird, geschehe die Verweigerung rechtmäßig oder nicht, vor der Hand zur Seite gelegt und in der Sache verfahren werden müsse, als sey kein Eid vorgekommen, und nur erst nach Beendigung der Sache, und wenn sich die Nothwendigkeit der Eidesleistung findet, auf den deferirten oder auferlegten Eid zu reflectiren sey. Der Satz „manifestae turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare nec jusjurandum referre" wird dadurch bis zur Abgabe des Haupterkenntnisses in der Sache zurückgedrängt, wo, wenn nichts zur Sache Dienliches ausgemittelt worden ist, noch immer davon Gebrauch gemacht werden kann. Wird aber so etwas ausgemittelt, so kann auch der deferirte oder auferlegte Eid, wohl ohne Nachtheil der Parthey als gar nicht zugeschoben und auferlegt betrachtet, und mit gänzlicher Vernachlässigung desselben erkannt werden. Damit dem Richter hier seine eigene Handlung bey dem auferlegten Eide nicht im Wege stehen soll, wird angenommen, als sey der von ihm nothwendig erachtete Eid gleichsam mit seiner Bewilligung verweigert worden. Denn das hier „quasi volente eo" und nicht „nolente" gelesen werden müsse, ist aus dem Zusammenhang des Ganzen klar. Bey dem von der Parthey deferirten Eide war diese Rücksicht nicht nöthig.

Die dritte Bestimmung, welche in der Justinianischen Constitution über die absentes bey Eideszuschiebungen und Auferlegungen vorkommt, interessirt uns nicht weiter, da darüber auch alles an sich schon klar ist. In Ansehung derjenigen, worüber bisher ausführlich gesprochen worden ist, scheinen nur noch folgende Bemerkungen mit Hinsicht auf unser gegenwärtiges Prozeßverfahren nachzutragen zu seyn.

Bekanntlich wird bey uns entweder gleich bey der Klage auf den Läugnungsfall der Eid deferirt, oder die Eideszuschiebung geschieht bey der Replik, wenn der Verklagte den Grund der Klage in Abrede gestellt hat, oder man wartet endlich das Interlocut auf Beweis und Gegenbeweis ab. Nach dem Geiste der Justinianischen Constitution würde in den beiden ersten Fällen, wenn der Eid verweigert wird, der Richter mit Hintansetzung der Eideszuschiebung weiter in der Sache verfahren können. Erlauben ihm die Prozeßgesetze die eigene Ausmittelung der Thatsachen, welche zur Aufklärung der Sache dienen, so mag er diese vornehmen: geht es ganz nach den Grundsätzen des gemeinen Prozesses, so muß er auf Beweis und Gegenbeweis interloquiren. Wird nun die Eidesdelation von neuem zur Hand genommen, und der Eid abermals verweigert, so tritt schon selbst nach Römischem Recht die Befugniß des Richters ein, sich die nöthigen Aufklärungsmittel zu verschaffen, und erst wenn diese fehlen, bey der Abgabe der Definitivsentenz über den deferirten Eid und dessen Verweigerung zu erkennen. — Bey dem vom Richter auferlegten Eide fällt die Anwendung der Justinianischen Constitution jetzt um so mehr weg, als solcher immer erst bey der Abgabe der Definitivsentenz nach geschehener vollständiger Verhandlung der Sache auferlegt wird.

Man könnte meiner ganzen Erklärung und Anwendung der Justinianischen Constitution entgegensetzen, sie rede bloß

von dem Fall, wo in einem Prozesse nur über einen Punct der Eid deferirt wird, und verordne, daß wenn der Eid verweigert wird, die Discussion der übrigen Puncte nicht dadurch aufgehalten werden soll, sondern die Frage über den zu leistenden Eid einstweilen ausgesetzt, die übrigen Puncte gehörig verhandelt werden sollen, und dann zuletzt über das Ganze erkannt werden solle. Für diese Erklärung scheinen die Worte „et ita caetera sive capitula, sive totius negotii summa examinentur etc." zu streiten. Es ist auch keine Frage, daß zugleich diese Verfügung in der Justinianischen Constitution enthalten ist, allein es liegt implicite darin sowohl, als in dem, was über die Abgabe der Definitivsentenz vorkommt, der Grund meiner oben gegebenen Erklärung. Denn nach dem ältern Recht mußten gleich, wenn der Eid geradehin verweigert ward, die Folgen des verweigerten Eides eintreten, und konnten auf keine Weise abgewendet werden. Hier ist ja aber die Abwendung derselben schon dadurch möglich, daß sich bey der Untersuchung über die übrigen Puncte des Rechtsstreits ergiebt, der Eid sey unnöthig. Wird dem Richter erlaubt, sich gelegentlich Aufklärung über den Gegenstand des Eides zu verschaffen, so muß er auch befugt seyn, sich solche ungelegentlich oder geradezu zu verschaffen: der Hauptgesichtspunct bleibt ja immer, daß die Folgen und Wirkungen des verweigerten Eides nach dem ältern Recht nicht sogleich eintreten sollen, sondern daß versucht werden soll, solche zu umgehen. Es bleibt ja dem Richter, nachdem die ganze Sache discutirt worden ist, nun noch immer überlassen, ob er den deferirten Eid in der Definitivsentenz in Betrachtung ziehen will oder nicht. Etwas Anderes würde es seyn, wenn der Imperator gesagt hätte, der Eidespunct soll bloß bis zur Beendigung des Rechtsstreits über die andern mit verwandten Puncte ausgesetzt bleiben, und dann darüber mit, unabhängig von diesen, erkannt werden.

Dann würde man sagen können, die Folgen und Wirkungen des verweigerten Eides sind bloß bis dahin suspendirt, nicht bedingt aufgehoben worden, wobey im Grunde die Parthey, welcher der Eid zugeschoben war, nichts, sondern bloß die andere Parthey hinsichtlich der Beschleunigung der Sache etwas gewonnen hätte. Allein gerade durch die Combination der übrigen Puncte mit dem Eidespunct und der Abgabe des Definitiverkenntnisses über alle zusammen, giebt der Imperator zu erkennen, daß er den Eidespunct nicht bloß im Formellen, sondern auch im Materiellen von den übrigen abhängig machen wolle, und daß der Richter schuldig sey, sich auch darüber die möglichen Aufklärungen zu verschaffen. So konnte es denn wohl kommen, daß sich für einen verweigerten Eid, wobey der, welcher ihn verweigerte, Anfangs keine Entschuldigungsursachen würde haben finden können, sich solche hernach von selbst fanden.

Man sieht die Justinianische Constitution unstreitig mit rechten Augen an, wenn man annimmt, in ihrer Verfügung über die Aussetzung des Eidespuncts, wenn der Eid verweigert worden ist, bis zur Beendigung des Streits über die übrigen verwandten Puncte, liege zugleich eine Milderung der alten strengen Prinzipien über die Folgen und Wirkungen des verweigerten Eides. Daß diese darin liege, ist klar. Es würde allein auf die Frage ankommen, ob es die Suspension derselben bis zum beendigten Verfahren über die übrigen Puncte des Rechtsstreits sey, oder eine bedingte Aufhebung derselben, wenn sich aus der Verhandlung die Unzweckmäßigkeit des Eides oder gar dessen Unmöglichkeit ergeben sollte. Das Erstere läßt sich schon darum nicht annehmen, weil es dem Richter frey gestellt wird, mit Rücksicht auf den erlangten Totalüberblick zu erkennen, ob das Jurament rechtmäßig verweigert worden oder nicht. Es bleibt folglich bloß die Annahme des letzteren übrig; dabey liegt es

nun aber wieder in der Natur der Sache, daß der Richter nicht bloß bey den Aufklärungen, welche ihm die Discussion der übrigen Puncte giebt, stehen zu bleiben braucht, sondern sich auch noch eine besondere über den Eidespunct verschaffen kann. Die Frage würde nur bleiben, wie es zu halten, wenn gerade der Eidespunct der alleinige wäre, und es außer demselben keinen andern Punct in der Rechtssache gäbe. Ich glaube solche dahin beantworten zu müssen, daß wenn einmal das Gesetz zugleich die Begünstigung der Parthey, welche den Eid recusirt hat, zum Zweck hat, darauf nichts weiter ankomme, sondern sich gerade so die oben entwickelte Theorie bilden müsse.

Man kann wohl mit Recht annehmen, bey dem Satze des ältern Rechts „manifestae turpitudinis est etc." liegen zu grelle Ansichten zum Grunde. Die Verweigerung des Eides kann eben so gut im übergroßen Gewissen, als darin ihren Grund haben, weil man von dem Gegentheil desjenigen, was man beschwören soll, überzeugt ist. Im ersten Fall ist es doch sehr hart, dafür gleich als confessus und convictus betrachtet zu werden, besonders wenn es möglich ist, sich noch durch die Discussion anderer Puncte Aufklärung in der Sache zu verschaffen. Das Einzige, was sich entgegnen ließe, dürfte seyn, daß wohl, wenn ein Rechtsstreit mehrere Puncte oder capitula zum Gegenstande habe, sich diese Lehre annehmen lasse, nicht aber wenn es sich nur um einen einzigen Punct handele, der durch den Eid abhelfliche Maaße erhalte, denn hier lasse sich ja über weiter nichts discutiren als über den Eid. Allein darin liegt eben das Feine der Constitution, daß der Imperator von einem Rechtsstreite, in welchem es sich über mehrere Gegenstände handelt, ausgeht, und eben dadurch, daß er hier dem Richter erlaubt, mit einstweiliger Zurücklegung des zum Eide gestellten Puncts sich durch die Verhandlung der übrigen

Puncte die nöthigen Aufklärungen zu verschaffen, ihm zugleich die Befugniß gestattet, auch da, wo es sich bloß um den zum Eide gestellten Punct handelt, mit einstweiliger Aussetzung der Frage über den verweigerten Eid die möglichen Aufklärungen in der Sache zu verschaffen, um wo möglich in dem abzugebenden Erkenntnisse, den Folgen und Wirkungen des verweigerten Eides auszuweichen. Durch welche geschickte Wendung der Richter dahin gelangen mag, bleibt ihm überlassen; weniger Schwierigkeiten hatte ohne allen Zweifel die Sache bey dem Römischen Prozeß als bey dem bey uns gemeingültigen, in welchem der Richter freylich bloß als eine von den Partheyen bewegte Maschine erscheint.

§. 207.

Es sey mir erlaubt, dem bisher Gesagten noch Reflexionen zur Beförderung einer richtigeren Theorie über die Aufforderung zum Schwur, und über die Fragen, an wen solche gerichtet werden könne, in wie fern derselben Genüge zu leisten, und wie der geleistete Schwur zu erklären, hinzuzufügen. Daß alle diese Fragen bloß den Eid in so fern er als Beweismittel erscheint, betreffen, versteht sich von selbst.

Zuerst über die Aufforderung zum Schwur. Sie geschieht bekanntlich entweder vom Richter oder von der Parthey.

Hinsichtlich der richterlichen Aufforderung ist zwar in den Gesetzen die Befugniß dazu ausdrücklich ausgesprochen, nirgends aber gesagt worden, wann der Richter davon Gebrauch machen könne. Ihm zu gestatten, zur Abkürzung der Sache sogleich als der Verklagte läugnet, durch Aufforderung der einen oder der andern Parthey, welcher er die meiste Wahrheitsliebe zutrauet, zum Eide, den Rechtsstreit zu beendigen, hieße offenbar gegen die Rechte des Klägers

handeln, der ja wohl sehr wichtige und durchgreifende Beweismittel in Händen haben kann, und wenn auch der Gegenstand des Rechtsstreits noch so geringfügig wäre. Im Römischen Recht ist wenigstens nirgends die Befugniß des Richters, dem Beweise der Parthey vorzugreifen, anerkannt worden (nach besondern Gesetzen mag sie jetzt statt finden), erst muß daher von ihm abgewartet werden, ob sich diejenige Parthey, welche eigentlich zu beweisen schuldig ist, keines Beweismittels bedient. Die Aufforderung dazu enthielt bey den Römern die Instruction an den judex: si probaverit etc.; bey uns das Interlocut auf Beweis und Gegenbeweis. — Nur erst alsdann, wenn die Parthey erklärt, keine Beweismittel zu haben, auch keinen Eid deferirt, scheint mir nach dem Römischen Recht der Richter zur Auferlegung des Eides befugt zu seyn, wobey ihn hinsichtlich der Parthey, welcher der Eid aufzuerlegen, die Wahl durchaus freygelassen werden muß. Beym Erfüllungs- und Reinigungseide ergiebt sich alles von selbst, aber hier ist die Rede von einem, ohne daß ein Beweis vorher versucht worden, aufzuerlegenden Eide. Man kann nicht sagen, die Geringfügigkeit des Gegenstandes entschuldige die Ausnahme von der Regel: mag auch das Object des Rechtsstreits noch so unbedeutend seyn, so dürfen doch deshalb wohlerworbene Rechte nicht entzogen werden, und diese Entziehung würde folgen, wenn dem Richter die Befugniß gestattet werden sollte, gleich von vorn herein und zur Abkürzung der Sache den Eid aufzuerlegen. Deutlich sieht man auch, daß die Römer dem Richter die Auferlegung des Eides nur bedingungsweise gestatteten, nämlich wenn gar kein Beweis versucht, oder der versuchte Beweis so dürftig ausgefallen war, daß auf den Grund desselben nicht allein entschieden werden konnte. Das Hauptgesetz *Cod. IV, 1, const. 3.* „In bonae fidei contractibus, nec non etiam in aliis caeteris causis *inopia* probationum per judicem jure-

jurando causa cognita res decidi debet." läßt darüber gar keinen Zweifel zurück. Das „inopia probationum" geht hier klar auf beide Fälle, des gar nicht versuchten, und des wohl versuchten, aber zu dürftig ausgefallenen Beweises, und das „causa cognita" setzt einen völlig instruirten Prozeß, den der Richter in allen seinen Theilen schon übersehen und beurtheilen kann, voraus.

Freyere Hand hat die Parthey selbst in Absicht der Eideszuschiebung, weil für sie der Eid nicht nur als eventuelles Beweismittel, sondern auch als prinzipales erscheint, jedoch nur diejenige, die nach den Gesetzen zur Beweisführung verbunden ist. In der Regel ist das immer der Kläger, nicht der Beklagte, daher dem letzteren die Eideszuschiebung nur über Gegenstände gestattet werden kann, welche er im Verlaufe des Prozesses behauptete, der Kläger aber in Abrede gestellt hat. Der bekannte Satz „reus excipiendo fit actor" darf nicht so verstanden werden, daß man auch dem Beklagten die Beweismittel für den abgeläugneten Grund der Klage zuwenden müsse, welche dem Kläger nur eigentlich angehören: auch um die Sache abzukürzen, kann man sie ihm nicht zuwenden: wer nicht zu beweisen schuldig ist, dem dürfen auch keine Beweismittel gestattet werden. Die natürliche Folge ist, daß wenn der Beklagte über den abgeläugneten Grund der Klage den Eid zuschieben wollte, die Zuschiebung, Annahme und Leistung desselben nur einen in vim transactionis vorgeschlagenen, angenommenen und geleisteten Eid zur Folge haben würde, der also nicht nach den Grundsätzen der gewöhnlichen Eidesleistungen beurtheilt werden könnte. Die Eideszuschiebung müßte so verstanden werden, als wenn der Beklagte erklärt hätte „obgleich ich den Grund der Klage in Abrede gestellt habe, so will ich doch mich dem Begehren des Klägers fügen, wenn er seine Anforderung eidlich erhärtet." Ich darf nach dem oben Gesagten hier

auf den Unterschied der Folgen und Wirkungen kaum noch aufmerksam machen. Hätte der Kläger den Eid acceptirt, und wollte ihn hernach nicht leisten, so würde bloß wegen wegfallender Bedingung der Transact zu Grunde gehen und der Proceß seinen Fortgang nehmen. Andere Grundsätze würden anzunehmen seyn, wenn man den Eid auch hier als Beweismittel erscheinen lassen wollte. Das Resultat ist: So oft sich eine Parthey im Prozesse des Eides ohne Noth, d. h. wo sie nicht zu beweisen schuldig ist, bedient, kann auch der Eid nicht als Beweismittel betrachtet werden, sondern es erscheint allemal dessen Zuschiebung als in Vorschlag gebrachtes Vergleichsmittel, mag nun der Kläger oder Beklagte ihn zuschieben, was hier ganz gleichgültig ist. Es ist oben bemerkt worden, daß in so fern man den Eid als Beweismittel betrachtet, derselbe nicht nur als eventuelles, sondern sogar als prinzipales erscheine. Denn es steht ja jeder Parthey nicht nur frey, sogleich über den ihr abgeläugneten Grund ihrer Behauptung den Eid zuzuschieben (der Kläger kann ihn jetzt sogar gleich bey der Klage eventuell und auf den Läugnungsfall deferiren), sondern sie ist auch befugt noch nach vergebens versuchten andern Beweismitteln zu der Eidesdelation ihre Zuflucht zu nehmen, so lange nur noch res integra ist. Ob das letztere indeß nach der neuesten Entscheidung von Justinian *Cod. IV, 1, const. 11.* noch so erlaubt sey, bleibt die Frage: „Si quis (heißt es) jusjurandum intulerit, et necdum eo praestito, postea, utpote sibi allegationibus abundantibus, hoc revocaverit: sancimus, nemini licere penitus iterum ad sacramentum recurrere: satis enim absurdum est redire ad hoc cui renuntiandum putavit, *vel cum desperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare:* et judices nullo modo eos audire ad *tales iniquitates* venientes." — — Zwar wird, wenn man das Gesetz nur mit flüchtigem Auge betrachtet, bloß darin der

Fall entschieden, wenn die Parthey einen Eid deferirt, denselben hernach zurück genommen, und einen Beweis durch Zeugen und Urkunden substituirt hatte, der aber nicht genügend ausgefallen war, und weshalb sie jetzt wieder den aufgegebenen Eid zur Hand nehmen wollte. Dringt man aber tiefer in dasselbe ein, so wird klar, daß Justinian den Eid unter den Beweismitteln zugleich oben anstellt, und dieß Beweismittel daher jedem abspricht, der es nicht von vorn herein gebraucht, sondern erst andere Beweismittel vergebens versucht hat. Es ist nämlich wohl zu beachten, daß Justinian demjenigen, welcher Anfangs den Eid als Beweismittel gebraucht, ihn aber hernach wieder aufgegeben und zu andern Beweismitteln seine Zuflucht genommen hatte, die Rückkehr zu demselben aus zweyerley Gründen abspricht. Einmal deswegen, weil er darauf verzichtet, und eine Rückkehr zu dem, worauf Verzicht geleistet worden, nicht mehr statt finde. Zweytens deswegen, weil es nicht erlaubt sey, wenn man andere Beweismittel vergebens versucht habe, nunc denuo convolare ad religionem. Der erste Entscheidungsgrund paßt nun zwar nur allein auf den in dem Gesetze gedachten Fall, aber der zweyte kann eben so gut für den Fall gebraucht werden, wo man ohne vorgängige Eideszuschiebung und Zurücknahme einen Beweis durch Zeugen und Urkunden versucht hat, damit aber durchgefallen ist. Man kann also annehmen, das Gesetz enthalte eine doppelte Correction des juris antiqui, eine ausdrückliche und eine stillschweigende. Es war nämlich nach dem älteren Recht, wo überall der Eid nicht unter den Beweismitteln obenan stand, erlaubt, auch wenn man den Eid zugeschoben aber hernach wieder zurückgenommen, und andere Beweismittel gebraucht, den dadurch beabsichtigten Beweis aber verfehlt hatte, zu dem aufgegebenen Eide zurückzukehren, weil die Aufgabe desselben nur als bedingt geschehen betrachtet wurde.

Um

Um so mehr war es erlaubt, wenn man gleich von vorn herein andere Beweismittel vergebens versucht hatte, noch zu der Eideszuschiebung seine Zuflucht zu nehmen. Die erste Annahme des juris antiqui wird hier ausdrücklich abgeändert, die zweyte stillschweigend, denn wenn der Imperator als zweyten Entscheidungsgrund anführt, daß es höchst ungereimt sey, demjenigen, welcher zu andern Beweismitteln seine Zuflucht genommen, und an dem geführten Beweise nun verzweifele, noch erlauben zu wollen, convolare ad religionem, so untersagt er zugleich stillschweigend den Gebrauch der Eidesdelation für alle Fälle, wo man sich schon anderer Beweismittel bedienet hat. Das Prinzip, von welchem Justinian hier ausgeht, ist die Stellung der Eideszuschiebung unter den Beweismitteln oben an, und daß es verächtlich über die religio gedacht und geurtheilt sey, wenn man nach andern vergeblichen Versuchen zu ihr seine Zuflucht nehmen wolle. Ich bin daher der Meinung, daß es nach dem Justinianischen Recht weder erlaubt sey, zu dem aufgegebenen Eide zurückzukehren, noch den Eid zu deferiren, wenn man schon andere Beweismittel vergebens versucht hat.

Die Aufforderung zum Schwur kann nur von der Parthey, welche das Eigenthum des Rechtsstreits hat, oder in ihrem Namen von einem besonders dazu Berufenen geschehen. *Digest. XII, 2, L. 17, §. 3.* heißt es: „procurator quoque quod detulit, ratum habendum est, scilicet si aut *universorum bonorum* administrationem sustinet, aut si id ipsum *nominatim* mandatum est, aut si in *rem suam* procurator sit." Dreyerley Verhältnisse werden hier bezeichnet, unter welchen die Eideszuschiebung dem Bevollmächtigten erlaubt ist. Der Vormund eines Unmündigen soll nur zur Eidesdelation berechtigt seyn „omnibus probationibus aliis

deficientibus" a), aber es ist die Frage, ob der Satz des Pandectenrechts, in welchem der Eid überall als ein unsicheres Beweismittel erscheint, noch anwendbar sey, nachdem Justinian die jurisjurandi religio so hervorgehoben hat. Das Sicherste dürfte seyn anzunehmen, er gelte auch noch, denn durch das Hervorheben des Eides, gewinnt doch das Beweismittel der Eidesdelation an Sicherheit nicht, und eben das ist der Punct, auf welchen hier alles ankommt. Auch nicht immer kann der Eigenthümer des Rechtsstreits den Eid gültig deferiren: er muß nothwendig zugleich die Befugniß haben, frey über sein Vermögen zu disponiren b). Indeß kann die

---

a) *Digest. XII, 2, L. 35. pr.* — Kann der Vormund wegen der Mißlichkeit des Eides nur im äußersten Falle zur Eideszuschiebung schreiten, so sind die Curatoren und bloße Verwalter des fremden Vermögens dazu noch um so weniger zu verstatten, sondern schuldig, andere Beweismittel zu gebrauchen, wenn sie solche besitzen. Aber wie, wenn nun vorauszusehen ist, daß durch die Beweismittel sich kein vollständiger Beweis werde erhalten lassen, wohl gar nicht einmal ein solcher, den der Richter durch Auferlegung des Erfüllungeides ergänzen kann? Die Stelle ist aus den Pandecten; nach dem Pandectenrecht stand es dem Beweisführer frey, wenn die gebrauchten Beweismittel fehlschlugen, noch zur Eideszuschiebung seine Zuflucht zu nehmen. Der Vormund verlor also dabey nichts, daß er erst andere Beweismittel versuchen mußte. Aber nach Justinians oben gedachter Entscheidung ist nun jus antiquum abgeändert und der Gebrauch der Eidesdelation für die Fälle untersagt worden, wo man schon andere Beweise versucht hat. Der Pupill verliert also dadurch, daß sein Vormund gezwungen ist, andere Beweismittel zu gebrauchen, wenn er solche zur Hand hat. Das ist allerdings wahr, aber er kann noch mehr verlieren, wenn es dem Vormund erlaubt seyn sollte, gleich nach dem Beweismittel der Eidesdelation zu greifen: hat der Vormund nur etwas erwiesen, so kann er bey der Begünstigung, welche die Pupillensachen nach den Gesetzen erfahren, sicher seyn, daß der Richter durch den Erfüllungseid den mangelhaften Beweis ergänzen werde, und dann ist er auf jeden Fall besser dran, als wenn dem Vormund völlig freye Hand gestattet worden wäre.

b) *Dig. c. l. et L.*

Eideszuschiebung gültig geschehen, wenn sie von demjenigen autorisirt wird, der ihm als Vormund oder Curator vorgesetzt ist. Daß der correus credendi mit Wirkung für das Ganze, der bloße Mitberechtigte aber nur mit Wirkung für seinen Antheil an dem Recht, den Eid deferiren könne, ist bereits oben bemerkt worden. Ein von einem Unfähigen deferirter Eid soll gar nicht zugelassen werden, und ist er nichts desto weniger zugelassen worden, so hat er sich doch des prätorischen Schutzes nicht zu erfreuen. Nach dieser Ansicht ist die Unfähigkeit zur Eideszuschiebung ein absolutes Hinderniß, daß der geleistete Eid in gehöriger Kraft und Wirkung eintreten kann, er erlangt auch solche nicht, wenn gleich hinterher die Umstände sich ändern, und der, welcher den Eid als ein dazu Unfähiger zugeschoben hat, die Fähigkeit erwerben sollte. — Nur durch Genehmigung der von einem unfähigen Mandatar geschehenen Eideszuschiebung kann das Anfangs Ungültige gültig gemacht werden [c]. Daß was von der Eideszuschiebung gilt, nicht auch von der Eidesleistung durchweg gelte, ist schon oben beyläufig bemerkt worden, und wird unten ausführlich gezeigt werden.

§. 208.

Bey der Frage: an wen die Aufforderung zum Schwur gerichtet werden könne, unterscheidet das Römische Recht ganz genau den vom Richter auferlegten und den von der Parthey deferirten Eid. Für den erstern gilt der Grundsatz, daß nur zum Eide aufgefordert werden können 1) derjenige, welcher überhaupt einen Eid zu leisten fähig ist, und 2) dessen Eid auch, wenn er geleistet worden ist, den prätorischen Schutz gewährt. Fordert aber die Parthey zum Eide auf, so bekümmert beides im Grunde den Richter nicht, sondern

c) *Cod. IV, 1, const. 7.*

die Parthey hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn sie einen Eid deferirte, wo ihr die Eidesdelation das nicht leisten konnte, was sie ihr hätte leisten sollen. Die Verhältnisse sind hier diese. Deferirt jemand in einem Rechtsstreite mit einem Pupillen diesem den Eid und er acceptirt ihn, so wird der Eid geschützt, wenn er dem Pupillen vortheilhaft war: aufgehoben hingegen werden die Wirkungen desselben, in so fern er ihm nachtheilig wurde. Referirt der Pupill den Eid, so hat der auf diese Relation geschworne Eid gar keine Folgen, weil der Pupill überall keinen Eid deferiren konnte, folglich auch zur Zurückschiebung des Eides unfähig war. Aehnliche Verhältnisse treten für andere Fälle ein. Ich habe indeß bereits oben zwischen absoluter und nicht absoluter Unfähigkeit zum Eide unterschieden und bemerkt, daß ein absolut Unfähiger von dem Richter nicht zuzulassen sey. Die Theorie des Römers gründet sich hier auf das Prinzip, daß jede Eideszuschiebung eine Art von Convention in sich begreife, daß es bloß auf die Fähigkeit des den Eid Zuschiebenden ankomme, die Fähigkeit des Andern hingegen, dem der Eid deferirt wird, um so weniger in Betracht kommen müsse, als es dem Beweisführer überlassen bleiben müsse, auch der Versicherung des Unfähigsten Glauben beyzulegen, und der Richter diesem seinen Glauben beyzutreten schuldig sey, in so fern nur immer der Beytritt möglich ist. Der Richter, meinten die Römer, müßte unter solchen Umständen einen von einem Unfähigen geleisteten Eid eben so gut schützen als den, welchen ein Fähiger geschworen hätte.

Das Römische Recht erlaubt, die Aufforderung zum Schwur an denjenigen zu richten, welcher sich der Intention der klagenden oder anrufenden Parthey widersetzt. Die Frage, ob er zur Ableistung desselben fähig sey, und ob der Schwur die beabsichtigten Folgen und Wirkungen hervorbringen werde, scheint es ganz der Beurtheilung desjenigen

zu überlassen, der den Eid deferirt hat. Der Richter folgt diesem Urtheil, sein eigenes tritt nur alsdann ins Mittel, wenn die absolute Unfähigkeit klar am Tage liegt, oder wenn er sieht, daß der Eid durchaus ohne allen Nutzen seyn würde, weil er unnütze Handlungen nicht zulassen darf. Große Schwierigkeit hat die Vereinigung des Römischen Rechts mit unsern Ansichten, nach welchen der Richter nicht nur über die Fähigkeiten des den Eid deferirenden, sondern auch über die desjenigen, welchem er zugeschoben wird, zu urtheilen, und den Beweis nicht als eine unter den Partheyen bloß, sondern zugleich für ihn gegebene Sache zu nehmen befugt ist. Ich muß mich für die fortdauernde Anwendbarkeit der Grundsätze des Römischen Rechts aus folgenden Gründen erklären. 1) Jede richterliche Entscheidung kann sich nur auf den gegebenen Rechtsstreit beziehen, was außer demselben liegt, geht sie nicht an. 2) Der Richter muß dem folgen, was die Partheyen sich gegenseitig zugestehen und einräumen, überhaupt dem, was durch sie selbst festgestellt wird. Er muß also auch 3) demjenigen folgen, was die eine Parthey auf das Begehren der andern eidlich erhärtet, unbekümmert um ihre Eidesfähigkeit oder sonstige Eigenschaft, wenn nur keine absolute Unfähigkeit entgegensteht. Es kommt 4) hinzu, daß der Eid ja nur ein Recht unter den streitenden Theilen begründet, und überall nur unter diesen Schutz gewährt.

§. 209.

Frägt man, wer der Aufforderung zum Eide, geschehe sie von dem Richter oder der Parthey Genüge zu leisten habe, so ist die Antwort: Jeder, der sich in einem Rechtsstreite als Theilnehmer darstellt, geschehe es nun vermöge des eigenen Rechts, oder weil er fremde Angelegenheiten besorgt. Man braucht indeß der Eidesauflage und Zu-

schiebung nur dann Genüge zu leisten, wenn man an der Sache als seiner eigenen Theil nimmt: wo man sie bloß im Namen eines Andern betreibt, trifft diesen der auferlegte Eid. Die, welche bloß fremde Angelegenheiten betreiben, haben nicht nöthig in die Seele der eigentlichen Parthey zu schwören, wenn sie nicht wollen, sollten sie auch dazu noch so befugt seyn. Nur den Vormündern scheint die Pflicht obgelegen zu haben, den ihrem Pupillen deferirten Eid in dessen Seele abzustatten, wenn etwa der Deferent nicht auf den eigenen Schwur des Pupillen bestand: beym vom Richter auferlegten Eid durfte sehr natürlich der Pupill gar nicht zum Schwur gelassen werden. Eine Ausnahme fand jedoch statt für das juramentum in litem im engern Sinne. Videamus (heißt es *Dig. XII, 3, L. 4. pr.*) in tutelari causa, quis jurare, et adversus quem possit? Et quidem ipse pupillus, si impubes est non potest: hoc enim saepissime rescriptum est. Sed nec tutorem cogendum, vel matrem pupilli admittendam, etsi parata esset jurare, Divi fratres rescripserunt: grave enim videbatur, et ignorantes et invitos tutores, sub alieni compendii emolumento, etiam perjurium anceps subire. Curatores quoque pupilli vel adolescentis non esse cogendos in litem jurare rescriptis Imperatoris nostri et patris ejus continetur. Si tamen tantam affectionem pupillo suo, vel adolescenti tutores vel curatores praestare volunt, auctoritas juris non refragabitur, quin judicio, quod inter ipsos acceptum est finis ejusmodi possit adhiberi: non enim ad suam utilitatem jurisjurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cujus nomine tutelae ratio postuletur. Adolescens vero si velit, jurare potest." Die Stelle ist klar 1) nur von dem juramentum in litem in engerer Bedeutung zu verstehen, das juramentum in litem in der weiteren Bedeutung des Worts geht nach der Regel, und muß von dem Vormunde so gut wie jeder andere deferirte

oder vom Richter auferlegte Eid nothwendig in die Seele des Pupillen geschworen werden. 2) Wenn gesagt wird, der Impubes sey zum Schwur unfähig, und sey das mehrmals rescribirt worden, so kann man den Satz zwar eben so gut generell und in Beziehung auf jeden Eid, als speciell und in Beziehung auf den vom Richter auferlegten Eid verstehen; die letztere Annahme erscheint aber darum als die richtigere, weil nach andern Stellen es beym von der Parthey zugeschobenen Eide ganz dieser überlassen bleibt, von wem sie den Eid geleistet haben will: man dürfte etwa annehmen, der Impubes habe rechtmäßige Entschuldigung wegen seiner Impubertät, wenn er nicht schwören will. 3) Es wird gesagt, hier dürfe der Vormund nicht zur Ableistung des Eides gezwungen werden: die Folge ist also, daß er in andern Fällen wohl gezwungen werden kann, d. h. so weit überall ein Zwang beym Eide denkbar ist, der nie ein directer, sondern immer nur ein indirecter ist. Der Sinn kann kein anderer als der seyn; will der Vormund in andern Fällen nicht schwören, so treffen seinen Pupillen die Folgen des verweigerten Eides, und mag er demselben dereinst wegen des ihm dadurch zugefügten Schadens gerecht werden, aber bey dem juramentum in litem im engern Sinn ist es dem Vormunde erlaubt, den Eid ohne Nachtheil sowohl für sich als den Pupillen zu verweigern, und muß die Ableistung desselben so lange aufgeschoben bleiben, bis der Pupill zu den Jahren gelangt ist, daß er selbst schwören kann. Schon als adolescens soll er ja befugt seyn, das juramentum in litem zu leisten.

Was von den Tutoren gilt, gilt auch von den Curatoren der Unmündigen nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze. Nur frägt es sich, wie steht es mit den Curatoren der Wahnsinnigen und der diesen ganz gleich gestellten öffentlich erklärten Verschwender? Darf in ihren Angelegenheiten der

Richter überall nicht juramentum in litem erkennen, oder wenn er es erkannt hat, darf der Curator es auch verweigern? Die Eidesfähigkeit kann doch unmöglich hier so abgewartet werden, wie beym Impubes: es ist möglich, daß sie sich mit dem Verstande und der Fähigkeit über das Vermögen zu verfügen wieder einfinde; sie kann aber auch wohl ganz ausbleiben. Wo sich kein gewisser Zeitpunct des Kommens oder des Wiedereinfindens der Eidesfähigkeit annehmen läßt, da ist auch von den oben vorgetragenen Grundsätzen kein Gebrauch zu machen. Die Folge ist, daß da auch der Curator das juramentum in litem nicht zu schwören schuldig ist, überhaupt darauf nicht erkannt, sondern das zu leistende nur de aequo et bono von dem Richter festgesetzt werden kann.

Genau hängt mit der Fähigkeit den Eid zu deferiren die Fähigkeit den deferirten Eid zu remittiren, und mit der Fähigkeit den Eid zu leisten, die Fähigkeit ihn zu referiren zusammen. Es versteht sich, daß in der letzteren Hinsicht von der absoluten Fähigkeit die Rede ist, nicht von der relativen, d. h. in Beziehung auf das Gutbefinden und die Ansichten des den Eid Zuschiebenden, weil nach diesen auch an sich Unfähige den Eid mit Wirkung leisten können, wenn er von ihnen gefordert wird. Man kann daher nicht sagen, wer zur Ableistung eines deferirten Eides zugelassen werden muß, ist ihn auch zurückzuschieben fähig, sondern dabey kommt es allein auf die absolute Fähigkeit an. Die relatio juramenti sowohl als die probatio pro exoneranda conscientia sind beide Rechtswohlthaten, welche nur dem allgemein nach den Gesetzen zur Eidesleistung qualificirten Personen zukommen, oder denen, die mit voller Eidesfähigkeit begabt sind. Nur frägt es sich hier noch: Ist bey der Eideszurückschiebung nöthig, daß derjenige, welchem der Eid zurückgeschoben worden, auch im Allgemeinen fähig sey, den

Eid zu leisten, oder hängt hier, eben so gut als bey der Zuschiebung, die Eidesfähigkeit von dem Gutbefinden des Zurückschiebenden ab, oder um kürzer mich auszudrücken: Ist bey demjenigen, welchem der Eid referirt wird, eine absolute Eidesfähigkeit erforderlich, oder genügt schon eine relative. Ich glaube, es genügt schon die letztere. Denn indem derjenige, welchem ein Eid deferirt wird, denselben referirt, tritt er ganz in die Stelle des Deferenten, und hat es folglich sich allein zuzuschreiben, wenn er einem Unfähigen traut. Er kann die Eideszurückschiebung unterlassen, und entweder selbst den Eid leisten oder sein Gewissen mit Beweis vertreten.

Daß die Remission des Eides dem geleisteten Eide gleich geachtet werden soll, in so fern überall nur die Parthey zur Remission fähig war, ist deutlich in den Gesetzen bestimmt worden. Aber es fehlt an der gehörigen Bestimmung über die Frage, ob die Remission des Eides sich nur auf den von der Parthey zugeschobenen Eid beziehe, oder auch für den vom Richter auferlegten Eid statt finde. Ich habe oben beyläufig behauptet, nur der von der Parthey deferirte Eid könne auch von ihr remittirt werden, der vom Richter auferlegte hingegen nicht. Es ist hier der Ort, den Satz weiter auszuführen.

In allen Stellen, welche von der Remission des Eides sprechen, wird immer das juramentum delatum entweder ausdrücklich genannt oder stillschweigend vorausgesetzt. Dieß ist auch sehr natürlich. Der deferirte Eid erscheint als Beweismittel, welches die Parthey gebraucht, und worüber ihr zu verfügen ganz frey gestellt bleiben muß. Sie kann daher auch den angenommenen Eid erlassen mit der Wirkung, daß er als abgeleistet betrachtet werden muß. Aber etwas ganz Anderes ist es mit dem vom Richter auferlegten Eide. Dieser stellt sich nicht als ein von der Parthey abhängiges

Beweismittel, sondern als ein vom Richter in Ermangelung anderer Beweismittel geschaffenes und von ihm daher auch abhängiges dar. So wenig eine Parthey über andere gerichtliche Ausmittelungen verfügen darf, eben so wenig darf sie über den vom Richter auferlegten Eid verfügen: sie kann sich vergleichen, auch ganz dem Rechtsstreite entsagen, und dadurch die Ableistung des Eides unnöthig machen, aber remittiren kann sie den Eid nicht. So wenig bey dem von dem Richter auferlegten Eide die Zurückschiebung desselben erlaubt ist, eben so wenig darf derselbe von der Parthey remittirt werden. Nur der Richter würde ihn allein erlassen können, wenn er wegen inzwischen aufgekommener anderer Beweise die Ableistung desselben unnöthig finden sollte. Das scheint mir übrigens keinem Zweifel unterworfen zu seyn, daß gegen einen vom Richter auferlegten Eid eben so gut die probatio pro vitando perjurio unternommen werden könne, als gegen einen Eid, den die Parthey deferirt hat, weil das Interesse der Parthey bey der Ableistung des Eides hier in eben so wichtige Betrachtung kommt. Es läßt sich auch nicht behaupten, daß die probatio pro vitando perjurio, weil sie nur eigentlich beym juramentum delatum vorkommt, auf dieses allein beschränkt sey.

§. 210.

Was die Frage betrifft, wie ein geleisteter Eid zu erklären sey, so kommen in den Gesetzen zwar darüber nur Andeutungen vor, aus welchen sich aber mit Hülfe der Analogie sehr leicht eine vollständige Theorie über diesen wichtigen Gegenstand bilden läßt.

Das erste Prinzip bey der Eideserklärung ist unstreitig, daß man den Eid weder nach der Intention des ihn deferirenden oder auferlegenden, noch nach der des ihn schwörenden, sondern allein nach seinem Inhalte selbst beurtheilen

müsse. Die Römer scheinen mir gerade um deswillen vorzugsweise an den Worten gehangen zu haben, weil jede Erklärung nach dem Geiste hier mißlich ist, und immer die Intention des Einen oder des Andern mit ins Spiel kommt, die doch ausgeschlossen bleiben soll. Deutlich erhellt das insbesondere außer andern Stellen aus *Digest. XII, 2, L. 28, §. 5.* „Si quis juraverit, se non rapuisse, non debet adjuvari hoc jurejurando in actione furti, aut condictione: quia aliud est furtum fecisse, quod vel clam fieri potest." Man sollte vernünftiger Weise denken, wer die Entwendung durch Raub abgeschworen habe, habe zugleich jede Entwendung durch den Eid abgelehnt: daß gerade des Raubes in der Eidesformel erwähnt war, rührte daher, daß auf den Raub geklagt wurde. Die Intention des den Eid deferirenden mochte es auch wohl seyn, die Entwendung überhaupt abzuschwören; aber der, welchem der Eid deferirt wurde, mochte eine andere Intention haben: in dem Geiste des Eides lag es zugleich, daß man jede Entwendung als abgeschworen betrachten mußte. Ergriff man aber hier den Geist des Eides, so konnte man der Intention des Schwörenden zu nahe treten, in andern Fällen war ein solches Zunahetreten hinsichtlich der Intention des den Eid Zuschiebenden möglich. Die Römer hielten es daher fürs Beste, den Eid bloß nach der Wortbedeutung zu erklären: so konnte sich niemand beschweren, daß seiner Intention zu nahe getreten worden sey, weder der, welcher den Eid deferirt hatte, noch der, welcher ihn geschworen hatte. Was bey von der Parthey deferirten Eiden zulässig war, mußte auch zulässig seyn bey Eiden, die der Richter auferlegt hatte: denn eben die Gründe, welche bey jenen die bloße Worterklärung rechtfertigten, rechtfertigten sie auch hier.

Ein zweytes Prinzip, welches gewissermaaßen aus dem ersten folgt, ist, daß wenn die Worterklärung an sich

zweifelhaft seyn sollte, die Erklärung lediglich aus der Sache, welche verhandelt worden ist, und aus dem Zweck, zu welchem der Eid zugeschoben oder auferlegt wurde, geschehen muß. Selten wird der Fall vorkommen: meist wird immer schon aus den Worten klar genug seyn, was beschworen worden. So lange noch irgend die Worterklärung gelten mag, steht die Erklärung aus der verhandelten Sache nach. Aus diesem Prinzip muß man auch *Dig. l. t. et L. cit. §. 6.* „Colonus, cum quo propter succisas forte arbores agebatur ex locato, si juraverit, se non succidisse, sive e lege duodecim tabularum de arboribus succisis, sive Aquilia: damni injuria, sive interdicto quod vi aut clam postea convenietur, per exceptionem jurisjurandi defendi poterit" erklären, zwischen welcher Stelle und der oben ausgeschriebenen sonst ein nicht zu hebender Widerspruch vorhanden seyn würde. Der colonus hatte generell geschworen: se non succidisse. Hätte man den Eid aus der Sache erklären wollen, so hätte man die Klage aus einem andern Fundament hinterher zulassen müssen, und konnte keine Vertheidigung per exceptionem jurisjurandi statt finden, denn es war ja ex locato geklagt worden, und der Eid bezog sich ja auf die actio locati. In dem oben ausgeschriebenen Falle hätten gleiche Grundsätze angenommen werden müssen, wenn der Verklagte geschworen gehabt, daß er nicht entwendet, aber so hatte er nur geschworen „se non rapuisse." Die Pointe liegt aber in dem Prinzip, daß die Worte bey der Erklärung des Eides, wo es irgend möglich ist, allemal den Ausschlag geben. Ohne das würde man annehmen müssen, in dem „se non rapuisse" liege eben so gut das Abschwören jeglicher Entwendung als in dem „se non succidisse," das Abschwören jeglicher Succision der Bäume enthalten ist. Denn dort und hier war aus einem bestimmten Fundament geklagt worden. Auch nur in diesem Sinn wird *Dig. c. l. t.*

et l. §. 7. gesagt: „Et omnino hoc observandum est, licet per aliam actionem eadem *quaestio* moveatur, ut exceptio jurisjurandi locum habeat," denn wenn man darüber, was quaestio war, nicht die Worte des Eides, sondern die Verhandlung unter den Partheyen entscheiden lassen will, so würde man oft genug genöthigt seyn, den Eid anders zu erklären, als die Worte es geben. Betrachtet man aber immer nur als quaestio, was die Worte des Eides zum Gegenstande haben, so ist die Erklärung gleich gemacht. Nur das muß als quaestio angesehen werden, worüber die Worte des Eides entscheiden: jedes Andere, stecke es in der Verhandlung der Sache, oder in der Intention der Partheyen, liegt außer der quaestio. Die Verhandlung entscheidet bloß für den Fall, wo die Worte durchaus keine selbstständige Erklärung zulassen: hier ist aber die Entscheidung aus der Verhandlung nur als Aushülfe zu betrachten.

Es können Fälle vorkommen, wo nicht sowohl über den Inhalt des Eides gestritten wird, als vielmehr über die Kraft und Wirkung desselben. Im Grunde läßt sich beides nicht von einander trennen: denn setzen wir den Inhalt nach den Worten der Eidesformul fest, unbekümmert um das, was verhandelt wurde (versteht sich mit der schon oben angegebenen limitation, wenn die Worte irgend eine selbstständige Erklärung zulassen) und um die Intention der Partheyen, so folgt von selbst, daß auch die Kraft und Wirkung des Eides ebenfalls nach den Worten bestimmt werden muß, denn eigentlich geschieht ja die ganze Erklärung des Eides zu diesem Behuf. Der Zweck, welcher bey Zuschiebung oder Auferlegung eines Eides beabsichtigt wurde, kann hier durchaus nicht in Betracht kommen: denn wer einen gewissen Zweck will, muß auch dahin sehen, daß er die nöthigen, zur Erreichung des Zwecks führenden Mittel, ergreift: hat er falsche Mittel ergriffen, so ist

das seine Sache, die den Ausleger nicht kümmert. Ohne das würden wir, wo von der Kraft und Wirkung des Eides die Rede ist, wieder die Intention ins Spiel bringen, die bey der Erklärung des Eides doch ausgeschlossen bleiben soll. Darum wird ja auch unterschieden, ob jemand eine obligatio überhaupt, oder nur mit Hinsicht auf ein gewisses Fundament in der Eidesformul abgeschworen hat: ferner, ob jemand mit der eidlichen Erhärtung des Factums sich damit zugleich ein Recht zugeschworen hat, welches eine nothwendige Folge des Factums war oder nicht. Auf das letztere geht insbesondere *Dig. c. l. t. et L. §. 9.* „Item Pomponius ait, eum qui furtum sibi factum alicujus rei juravit, non statim etiam condictionis causam nancisci." Das Resultat ist, daß die Erklärung über die Folgen und Wirkungen des Eides strenge der Erklärung der Eidesformul sich anschließen muß.

Gegen die vorstehende Theorie lehnt sich ein Gesetz auf, oder scheint sich vielmehr aufzulehnen, welches auf jeden Fall eine genauere Erwägung verdient. Es ist *Digest. XII, 2, L. 42.* „Creditore qui de mutua pecunia contra pupillum contendebat, jusjurandum deferente, pupillus juravit, *se dare non oportere:* eandem pecuniam a fidejussore ejus petit, an excludendus sit exceptione jurisjurandi? Quid tibi placet rescribe mihi. Eam rem apertius explicat Julianus: nam si controversia inter creditorem et pupillum fuerit, an omnino pecuniam mutuam accepisset, et convenit, ut ab omni conditione discederetur, si pupillus jurasset, isque juraverit, se dare non oportere, naturalis obligatio hac pactione tolletur, et soluta pecunia repeti poterit: sin vero creditor quidem se mutuam dedisse contendebat, pupillus autem hoc solo defendebatur, *quod tutor ejus non intervenisset,* et hoc tale jusjurandum interpositum est, hoc casu fidejussorem praetor non tuebitur. Si autem liquido pro-

dari non poteſt, quid actum ſit, et in obſcuro erit, ut plerumque fit, *de facto*, an *de jure* inter creditorem et pupillum controverſia fuerit, deferente creditore pupillum juraſſe, intelligere debemus, id actum inter eos, ut ſi juraſſet ſe dare non oportere, ab omni condictione diſcederetur, atque ita et ſolutam pecuniam repeti poſſe: et fidejuſſoribus exceptionem dari deberi exiſtimabimus." Nach dieſer Stelle ſcheint bey Erklärung des Eides ſowohl als der Beſtimmung der Folgen und Wirkungen des geleiſteten Eides, es vorzugsweiſe darauf anzukommen, was unter den Partheyen verhandelt worden iſt: im Zweifel ſcheint nur die Worterklärung den Ausſchlag geben zu müſſen. Die Formul des von dem Pupillen geleiſteten Eides war ja „ſe dare non oportere" ginge es alſo hauptſächlich von der Worterklärung aus, ſo hätte nicht nach der Verhandlung zwiſchen ihm und dem Creditor erſt gefragt werden können, aus welchem Grunde nämlich der Pupill nicht ſchuldig zu ſeyn glaubte: nicht darnach ob nur de facto oder de jure geſtritten worden. Dem Bürgen mußte auf den geleiſteten Eid hier die exceptio eben ſo gut bewilligt werden als dem Pupillen, denn die Schuld war ja abgeſchworen.

Sehen wir indeß das Geſetz genauer an, ſo beſtätigt es vielmehr unſere Theorie von der wörtlichen Erklärung des Eides gerade mehr, als daß ſie daraus beſtritten werden könnte. Etwas Anderes würde anzunehmen ſeyn, wenn der Pupill geſchworen hätte, er ſey das Geforderte überall nicht ſchuldig; aber ſo hatte er nur geſchworen „ſe dare non oportere." Die Eidesformul ſelbſt war zweydeutig und dunkel, denn er konnte ja wirklich ſchuldig ſeyn, und doch nach den Geſetzen nicht nöthig haben wieder zu bezahlen. Hier mußte alſo der Eid aus der Verhandlung unter den Partheyen nothwendig Aufklärung erhalten. Dieß iſt auch oben von uns behauptet worden. Die Stelle kommt folglich mit

den oben citirten Stellen ganz zusammen: der hier entscheidende Julian gründet seine ganze Entscheidung auf das allgemein angenommene Prinzip, daß mit der wörtlichen Erklärung des Eides durchgehends zu beginnen sey, und daß wenn die Worte ein allgemeines und festes Resultat geben, man sich um alles Uebrige nicht weiter zu bekümmern habe, daß die Intention der Partheyen nie und nur die Verhandlung unter ihnen alsdann ins Mittel trete, wenn die Worterklärung Zweifel zuläßt.

Aber es geht aus diesem Gesetz noch zugleich ein drittes und für die Eideserklärung höchst wichtiges Prinzip hervor, nämlich dieses, daß wenn die Eidesformul einen Doppelsinn zuläßt, so nämlich, daß man eben so gut ein unbedingtes Abschwören der Verbindlichkeit daraus, als ein bedingtes entnehmen könnte, man allemal im Zweifel, und wenn die Verhandlungen darüber keine bestimmte Auskunft geben, das erstere anzunehmen habe, der Eid also als ein solcher zu betrachten sey, der de facto, d. h. über das Schuldigseyn, nicht de jure, d. h. über das Recht des Andern zu fordern, geschworen worden. Deutlich liegt dieß Prinzip in der Julianischen Entscheidung. Der Schwur „se dare non oportere" enthält seiner Natur nach ja nicht ein Abschwören der Forderung überhaupt, selbst dann nicht, wenn auch selbst aus der Verhandlung erhellte, auf welche Veranlassung so war geschworen worden. Die Deutung also, welche ihm gegeben wird, ist eine eigenthümliche, nur aus dieser Stelle allein erkennbare. Denn die andern oben citirten Stellen enthalten sämmtlich einen gerade auf die Vertilgung der obligatio gerichteten Eid.

Vor:

Vorläufiges und generelles Register

über

die beiden ersten Theile der Revision

des Pandecten-Rechts.

A.

B.

C.

D.

E.

F.

G.

H.

J.

R.

S.

T.

U.

Druckfehler,

welche den Sinn entstellen.

S. 193. Z. 29. ist für „reelles Verfolgungsrecht" zu lesen Römisches Verfolgungsrecht."

S. 228. Z. 15. ist für „entgegen" zu lesen „entzogen."

Einige unbedeutende Druckfehler wird der Leser selbst geneigtest verbessern, z. B. S. 112, Z. 19, wo für „Heratii" Neratii, S. 161. Z. 17, wo für „desselben" derselben zu lesen ist.

